§47 MStGB.

in geschichtlicher, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Heinz Dietrich Stoecker

Referendar aus Köln/Rhein.

1938

Referent: Prof. Schwinge
Korreferent: Prof. Zimmerl

Tag der mündlichen Prüfung: 22. 12. 1938.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Schrifttum.

Deutsches Schrifttum.

v. Ammon, W.: Der bindende rechtswidrige Befehl. Breslau 1926.

Battenberg, L.: Das auf Befehl begangene Verbrechen. Breslau 1916.

van Calker, F.: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht. München 1897.

Cavan, G. W. C.: Das Krieges- oder Militärrecht, wie solches jetzt bei der Königlich Preußischen Armee besteht. 2 Bde. Berlin 1801.

Cron, H.: Die Grenzen des militärischen Gehorsams. Diss. Erlangen 1933.

Dietz, H.: Militärstrafrechtlicher Grundriß für Krieg und Frieden, herausgegeben von Heinrich Dietz, Kriegsgerichtsrat. Rastatt 1916.

Dörken: Befehl und Gehorsam. In „Zeitschrift für Wehrrecht", Bd. III, S. 5 ff.

Dohna, A., Graf zu: Recht und Irrtum. Zwei Kernprobleme der Verbrechenslehre. Mannheim, Berlin, Leipzig 1925.

Entwurf eines Militärstrafgesetzbuches für das Deutsche Reich (lithogr.).

Entwurf des Strafgesetzbuch für das königlich preußische Militär; mit Erläuterungen. Berlin 1835/37.

Feeser: Soldatischer und bürgerlicher Gehorsam. In „Wissen und Wehr", 1928, S. 385 ff.

Fleck, E.: Erläuterungen zu den Kriegs-Artikeln für das Preußische Heer. Berlin 1844.

— Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Preußische Heer. 2 Bde. Berlin 1852.

Friccius, C.: Geschichte des deutschen, insbesondere des preußischen Kriegsrechts. Berlin 1848.

— Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Preußische Heer. Berlin 1852/54.

— Preußische Militär Gesetzsammlung (zitiert mit: Preuß. Milit. Ges. Samml.). Berlin und Elbing. Bd. I (1836); Bd. II (1841); Bd. VI (1851).

— Das preußische Militärstrafrecht, wie es besteht, systematisch dargestellt. Berlin und Elbing 1835.

— Hinterlassene Schriften, herausgegeben von Heinrich Beitzke, Berlin 1866.

Friedjung, H.: Der Kampf um die Vorherrschaft in Deutschland 1859/66. 2 Bde. Stuttgart 1904/05.

Fuhse, W.: Militärstrafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Juni 1926. Berlin 1926.

v. Gerlach, L.: Denkwürdigkeiten aus dem Leben Leopold v. Gerlachs, Gen. der Inf. und Gen.-Adjut. König Friedrich Wilhelm IV. Nach seinen Aufzeichnungen herausgegeben von seiner Tochter. 2 Bde. Berlin 1892.

Girginoff, A.: Der bindende Befehl im Strafrecht. Diss. Leipzig 1904.

Goltdammer: Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten. Theil I (1851).

Hagen, W.: Das auf militärischen Befehl begangene Verbrechen. Diss. Bonn 1937.

Herbst: Studien zum Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1873.

Herz und Ernst: Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl. Berlin 1908.

Höhn, R.: Verfassungskampf und Heereseid. Leipzig 1938.

Hohenlohe-Ingelfingen, Prinz Kraft zu: Aus meinem Leben. Berlin 1906/07.

Keller, C.: Erläuterungen zu den Disziplinar-Strafordnungen für das Heer und Marine. Berlin 1878.

— Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1872.

v. Koppmann, C.: Kommentar zum Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. Aufl. München 1903.

Materialien zum Deutschen Militär-Strafgesetzbuch (handschriftlich).

Mayer, M. E.: Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten. Festschrift für Laband, S. 119 ff. Tübingen 1908.

— Deutsches Militärstrafrecht; Allgemeiner Teil. Sammlung Göschen 371. Leipzig 1907.

Militär-Strafgesetzbuch für die königlich preußischen Staaten (lithogr.). 2 Bde.

Militärstrafgesetzbuch, Neugestaltung. Bericht des Wehrrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht. Berlin 1936.

v. Moltke, H.: Aus den Dienstschriften des Jahres 1859. 2 Bde. In den „Militärischen Werken", herausgegeben vom Großen Generalstab. Berlin 1902.

— Reden des Abgeordneten Grafen v. Moltke 1867/78. Berlin 1879.

v. Poschinger, H.: Preußen im Bundestag 1851/59. Leipzig 1882/84.

Reichskriegsministerium: Sammlung des ausländischen Militärrechts.

Rissom, C.: Der rechtswidrige Befehl (militärrechtl. Studien). Mannheim, Leipzig 1910.

Romen-Rissom: Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 20. Juni 1872. 3. Aufl. Berlin 1918.

v. Roon, A. Graf: Denkwürdigkeiten aus dem Leben des Generalfeldmarschalls Kriegsministers Grafen v. Roon, herausgegeben von Waldemar Graf v. Roon. 2 Bde. Breslau 1892.

v. Rudloff, K. G.: Handbuch des preußischen Militairrechts. 3 Bde. Berlin. I. und II. Bd. 1826; III. Bd. 1835.

Schneider, W.: Inwieweit bildet für den Staatsbeamten und inwieweit für den Soldaten die Gesetzwidrigkeit des Befehls eine Schranke der dienstlichen Gehorsamspflicht: Diss. Heidelberg 1911.

Schweizer Bundesversammlung, Amtliches stenographisches Bulletin der, (Nationalrat; Ständerat). 2 Bde. 36. Jahrg. 1926.

Schwinge, E.: Befehl und Gehorsam. In „Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht". 1938. Bd. I, S. 147 ff.

— Militärstrafgesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1939.

— „Gehorsam und Verantwortung. Zur Frage des übergesetzlichen Notstands im Militärstrafrecht". Deutsche Rechtswissenschaft. Bd. IV, S. 119 ff.

— Soldatischer Gehorsam und Verantwortung. Marburger Universitätsrede (1939).

Stoecker, H. D.: Die Vorgeschichte des § 47 MStGB. In „Zeitschrift für Wehrrecht". Bd. III, S. 8 ff.

Strafgesetzbuch für das preußische Heer. Berlin 1845.

v. Sybel, H.: Die Begründung des Deutschen Reiches durch Wilhelm I. 4 Bde. München und Leipzig 1889/90.

Wagner, M.: Die soldatische Gehorsamspflicht in geschichtlicher Entwicklung. In „Deutsches Recht". 1938. Heft 23/24, S. 494 ff.

Weiffenbach, J.: Das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Kassel 1873.

Welkisch, K.: Der rechtswidrige bindende Dienstbefehl in seiner Abhängigkeit von der jeweiligen Staatsauffassung. Diss. Breslau 1934.

Wilhelm, I.: Militärische Schriften weiland Kaiser Wilhelms des Großen, Majestät. 2 Bde. Berlin 1897.

Französisches Schrifttum.

Annales de la chambre des Députés. Session 1881.

Annales du Sénat. Session ord. de 1882.

Augier-Le Poittevin: Traité théorique et pratique de droit pénal militaire à l'usage des Membres des Conseils de guerre et des officiers de l'armée de terre. 2 Bde. Paris 1905/06. (Zit. mit Augier.)

Bordeaux, H.: Code pénal, annoté d'après la doctrine et la jurisprudence. 1935.

Clerc, H.: L'obéissance militaire. Paris 1935.

Code d'instruction criminelle et Code pénal. Paris 1924.

Dictionnaire des Parlementaires Français. 4 Bde. Paris 1890.

Garçon, E.: Code pénal. Paris 1901/06.

Garraud, R.: Traité théorique et pratique du droit pénal français. II. und IV. Bd. Paris 1914. (Zit. mit Garraud.)
— Précis de droit criminel. Paris 1934.

Hugueney, P.: Traité théorique et pratique de droit pénal et de procédure pénale militaires. Paris 1933.

Letort, M.: La Réforme de la justice militaire. Alger 1928.

Magnol, J.: L'avant-projet de révision du Code pénal français. Paris 1934.

Manceau et Nony: La nouvelle loi militaire. Paris 1913.

Paquier, A.: De la responsabilité pénale de l'agent au cas d'infranction commise sur l'ordre d'autrui. Thèse, Nancy 1923.

Provent, P.: La criminalité militaire en France en temps de paix. Paris 1926.

Règlement du service dans l'armée. 3 Bde. 1933/37.

Trébutien, E.: Cours élémentaire de droit criminel. 1884.

Tulet, E.: Contribution à l'étude du nouveau Code de justice militaire du 9. III. 1928. Paris 1931.

Italienisches Schrifttum.

Bunge, K.: Das italienische Strafgesetzbuch vom 19. 10. 1930. 1933.

Codici penali militari. 1925.

Conti, H.: Il codice penale. Milano 1934.

Manzini, V.: Diritto penale militare. Padova 1932.
— Trattato di diritto penale Italiano. Bd. III. Torino 1933.

Regolamento di disciplina per i militari indigeni dei regi corpi di truppe coloniale. 1936.

Sabatini, I. G.: Istituzioni di diritto penale. 1935.

Sucato: Istituzioni di diritto penale militare. Livorno 1937.

di Vico, P.: Diritto penale comune di guerra. 1932.

Zeitschriften.

Rivista di diritto e procedura penale XII (1932).

Rivista penale III. 1932.

Englisches Schrifttum.

Banning, St. Th.: Military Law. Aldershot 1929.

Kenny, C. St.: A selection of cases illustrative of English criminal law. Cambridge 1935.

— Outlines of criminal law. Cambridge 1933.

Manual of Military Law. 1929.

Röschinger, L.: Der Ausschluß der Strafbarkeit im englischen Recht im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht. Berlin 1939.

Stephen, J. F.: A history of the criminal law of England. 3 Bde. London 1883.

Townshend-Stephens, R.: A practical digest of military law. London 1933. (Zitiert mit: Townshend.)

Wilkins and Chancy: Handbook of military law. London 1930.

Schrifttum der Vereinigten Staaten.

Military law of the United States. 5. und 7. Auflage, 1915/18 u. 1929.

Gliederung.

Einleitung (§ 1) 9

1. Teil:
Die geschichtliche Entwicklung in Preußen/Deutschland.
I. Die Vorgeschichte (§ 2) 11
II. Motive (§ 3 bis 6) 15
III. Die authentische Interpretation vom 27. 3. 1860 (§ 7 bis § 9) 21
IV. Motive zu dem Deutschen Militärstrafgesetzbuch von 1872 (§ 10) 23
V. Zusammenfassung (§ 11) 25

2. Teil:
Die Auslandsrechte.
I. Frankreich (§ 12 bis § 20) 27
II. Italien (§ 21 bis § 23) 36
III. England (§ 24 bis 25) 40
IV. Vereinigte Staaten von Nordamerika (§ 26) 43

3. Teil:
§ 47 MStGB. und die politischen Parteien (§ 27 bis § 28) .. 45

4. Teil:
Zusammenfassung der Arbeit und die sich ergebenden Schlußfolgerungen für eine Neufassung des § 47 MStGB. (§ 29 bis § 31) 52

Anhang 57

Einleitung.

§ 1.

Der Soldat untersteht in seiner Eigenschaft als Angehöriger der Wehrmacht der militärischen Befehlsgewalt und wird dadurch mitunter zu Handlungen genötigt, die fremde Interessen verletzen. Die militärische Dienstpflicht verlangt von ihm, daß er den Befehlen seiner Vorgesetzten prompt und widerspruchslos Folge leistet. Gilt dies auch dann, wenn ihn die Ausführung des Befehls in Konflikt mit seinen staatsbürgerlichen Pflichten bringt — insbesondere dann, wenn ihm dienstlich befohlen wird, eine Handlung zu begehen, bei deren Ausführung er gegen ein Strafgesetz verstößt? In einem solchen Falle steht der Soldat vor der heiklen Alternative, entweder die Ausführung des Befehls zu verweigern und damit gegen die militärische Gehorsamspflicht zu verstoßen, oder aber eine gesetzlich mit Strafe bedrohte Handlung zu begehen und damit seine staatsbürgerlichen Pflichten zu verletzen. Entscheidet er sich für das zweite, also für Ausführung des Befehls, so entsteht die weitere Frage, wer für den Verstoß gegen das Strafgesetz haftet, ob nur der Vorgesetzte allein oder auch der Untergebene.

Dieser Fall einer Pflichtenkollision, in die der Soldat im militärischen Betrieb jederzeit geraten kann, hat im Laufe der Zeiten in den Rechten der Völker verschiedene Behandlung erfahren. Noch heute ist in der Frage ihrer gesetzgeberischen Lösung eine endgültige Klärung nicht erreicht. Zwar gibt es zu der einschlägigen Vorschrift des geltenden Rechts — § 47 MSTGB — eine ganze große Literatur, diese erschöpft sich aber in rechtsdogmatischen Erörterungen und widmet der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, ihrer gedanklichen Herkunft und der Frage ihrer Um- und Neugestaltung nur wenig Raum. Vor allem fehlt es ganz an rechtsvergleichenden Arbeiten. Diese Lücken versucht die vorliegende Arbeit auszufüllen.

Auszugehen ist bei der Untersuchung des Problems von der Vorschrift, in der die Frage im geltenden Deutschen Militär-

strafgesetzbuch seine Regelung gefunden hat — von § 47 MStGB. Er bestimmt:

„Wird durch Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte in der Regel allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers:

1. wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat, oder
2. wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche offenbar ein Verbrechen oder Vergehen bezweckte."

Im Folgenden soll zunächst die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift untersucht werden. An diesen geschichtlichen Rückblick wird eine rechtsvergleichende Übersicht angeschlossen werden, die sodann die Grundlage für eine rechtspolitische Würdigung bilden wird.

1. Teil.

Die geschichtliche Entwicklung in Preußen/Deutschland.

I. Die Vorgeschichte.

§ 2.

Die Frage, ob der Untergebene strafrechtlich mithaftet, wenn er dem Befehl eines Vorgesetzten nachkommt, der auf Begehung einer strafbaren Handlung gerichtet ist, hat in der Geschichte des preußischen Militärstrafrechts zum ersten Male eine gesetzliche Regelung im Militärstrafgesetzbuch von 1845 (§ 71) gefunden. In den vor diesem Gesetzbuch erlassenen, die Stelle eines Militärstrafgesetzbuchs vertretenden Kriegsartikeln wird das Poblem ausdücklich nicht behandelt. Es kann aber auf Grund der allgemeinen Normen dieser Kriegsartikel kein Zweifel sein, daß die strafrechtliche Haftung auf die Person des Vorgesetzten beschränkt war. Der Untergebene hatte zu gehorchen, folglich konnte man ihn auch nicht gut zur Rechenschaft ziehen, wenn das ihm Anbefohlene strafrechtlich nicht einwandfrei war. Als Beispiele seien folgende Bestimmungen aus der Zeit vor 1845 angeführt[1]):

Krieges-Artikel für die Unteroffiziere und gemeinen Soldaten vom 3. August 1808.

Art. 7. Der Soldat muß Sr. Königl. Majestät Generalität, auch sonst jedem Ober- und Unter-Offizier, und überhaupt jedem Vorgesetzten von dem Regimente, worinn er dient, sowohl, als von jedem andern Regiemente, es sey von welcher Art Truppen es wolle, Achtung und Gehorsam zu jeglicher Zeit beweisen, und ihre Befehle genau befolgen.

Kriegs-Artikel für das preuß. Heer vom 27. 6. 1844.

Art. 22. Der Soldat muß jedem Offizier und Unteroffizier und der Unteroffizier jedem Offizier, sowohl bei dem Truppentheil, bei welchem er dient, als von jedem anderm Truppentheil, Gehorsam und Achtung beweisen und ihren Befehlen pünktlich Folge leisten.

[1]) Entsprechend: Art. III bis VI der Kriegsartikel vom 12. 7. 1713, Art. III bis V der Kriegsartikel vom 16. 6. 1749 und Art. III der Kriegsartikel vom 18. 11. 1787.

Nur durch Gehorsam der Untergebenen gegen die Vorgesetzten läßt sich die Ordnung im Heere erhalten und im Kriege der Sieg über den Feind erkämpfen."

Um jeden Zweifel über die Rechtslage auszuschließen, erging unter dem 11. Mai 1821 eine Allerhöchste Ordre[2]), in der es wörtlich heißt:

„Die erste Pflicht des Soldaten ist unbedingter Gehorsam gegen die Dienstbefehle seiner Vorgesetzten und ihm ein Urtheil über deren Rechtmäßigkeit oder ihre Folgen um so weniger zu gestatten, je bestimmter der Befehl und je größer seine Abhängigkeit zu dem Befehlenden ist. Die Anwendung der Grundsätze, wonach das General-Auditoriat die Verbindlichkeit zur Befolgung des, dem Musketier Kühne auf das bestimmteste erteilten Befehls, bedingt, würde zur Auflösung aller militärischen Subordination führen und die Autorität der Vorgesetzten vernichten, der für die Folgen seiner Dienstbefehle allein verantwortlich bleibt."

Hier wird mit aller wünschenswerten Deutlichkeit festgestellt, daß den Vorgesetzten die Verantwortlichkeit trifft und der ausführende Untergebene freizusprechen ist.

Dem entspricht die Stellungnahme des militärstrafrechtlichen Schrifttums. In dem Werk von G. W. C. Cavan (Geh. Kriegsrath und ehemals General-Auditeur): „Das Kriegesoder Militär-Recht, wie solches jetzt bei der Königlich Preußischen Armee besteht" vom Jahre 1801 heißt es in § 180:

„Die erste Regel ist: Jeder Befehl, den ein Vorgesetzter in der wirklichen Dienstausübung, zum Beispiel bei militärischen Operationen, bei der Parole usw. ertheilt, muß nicht nur von dem Untergebenen angenommen, sondern auch ohne Widerrede oder Weigerung ungesäumt befolgt werden, wenn die Beschaffenheit des Befehls dieses erfordert."

„In solchem Falle" — fügt § 181 wörtlich hinzu — „trifft die Verantwortlichkeit der etwanigen Zweckwidrigkeit oder nachtheiligen Folgen des Befehls den Befehlsgeber." Braucht der Befehl nicht sofort befolgt zu werden und würde die Befehlsbefolgung für den Untergebenen „eine Übertretung anderer Königl. Gesetze seyn" — also auch des Strafgesetzbuchs! —, so darf dieser nach § 181 dem Vorgesetzten seine „Zweifel und Bedenklichkeiten" eröffnen. Bleibt der Vorgesetzte bei dem Befehl stehen, so ist er auszuführen; er trägt dann die alleinige Verantwortlichkeit. Welche Ansicht Cavan vertritt, geht deutlich auch aus folgender Stelle seines Buches hervor:

§ 2758: „In jedem Falle, wo die Widersetzung (die Gehorsamsverweigerung) zu einer Zeit erfolgt, da entweder der Untergebene oder

[2]) Preußische Militär-Gesetz-Sammlung Bd. I S. 179.

der Vorgesetzte oder auch beide zugleich sich in der wirklichen Dienstleistung befanden, kann die gesetzliche Strafe keiner Abänderung, Verwandlung oder Milderung unterliegen, es mag der Befehl rechtmäßig oder unrechtmäßig gewesen seyn, weil alsdann eine unbedingte Nothwendigkeit vorhanden ist, die verletzte Subordination durch die härteste Strafe wieder herzustellen, auch die etwanige Unrechtmäßigkeit des Befehls nur die besondere Bestrafung des Befehlsgebers bewirken kann."

Dieselben Grundsätze finden sich in dem „Handbuch des Preußischen Militairrechts von Major K. G. von Rudloff aus dem Jahre 1826 — dem damals maßgeblichen Werk des preußischen Wehrrechts. Unter Hinweis auf Art. 7 der Kriegsartikel von 1808 wird auch hier die Unbedingtheit der militärischen Gehorsamspflicht betont (§ 548 a. a. O.). Ist allerdings ein Befehl „ganz offenbar dem Königlichen Interesse, oder dem ausdrücklich erklärten Willen des Monarchen, oder eines, dem Range nach höheren Vorgesetzten entgegen", so soll es unter bestimmten Voraussetzungen möglich sein, Bedenken geltend zu machen (§ 550). Davon sind die „in untergeordneten Verhältnissen stehenden Militärpersonen" wegen der „Beschränktheit ihres dienstlichen Gesichtskreises" aber ausdrücklich ausgenommen (§ 551).

M. Wagner hat diese Stelle in dem Handbuch von Rudloff zum Anlaß genommen, für die Beibehaltung des § 47 MStGB. mit der für ihn charakteristischen Aufteilung der Verantwortlichkeit zwischen Vorgesetzten und Untergebenen einzutreten[3]). Seine Beweisführung greift aber deshalb fehl, weil Rudloff bei der angegebenen Stelle eine ganz andere Frage im Sinne hat als das Problem, das § 47 regelt. Während es in dieser Vorschrift darum geht, ob der befehlsgemäß handelnde Untergebene strafrechtlich mithaftet, handelt es sich bei Rudloff um die Rechtsfrage, wann der Untergebene befugt ist, einem Befehl des Vorgesetzten die Gefolgschaft zu versagen (wichtigstes historisches Beispiel: der Fall Yorck[4]). Beide Fragen haben nichts miteinander zu tun! Daß es Fälle gibt, in denen der Untergebene berechtigt ist, über einen ihm erteilten Befehl hinwegzugehen, ist ein seit langem anerkannter militärischer Grundsatz, dessen Anwendungsbereich freilich verschieden ist, je nachdem, ob es

[3]) In dem Aufsatz: „Die soldatische Gehorsamspflicht in geschichtlicher Entwicklung". Deutsches Recht 1938 S. 494 ff.

[4]) Dazu mit zahlreichen kriegsgeschichtlichen Beispielen: Schwinge: Soldatischer Gehorsam und Verantwortung (1939).

sich um höhere oder niedere Befehlshaber handelt[5]) (das erklärt denn auch die Unterscheidung, die Rudloff in dieser Hinsicht macht!) Wagner ist jedenfalls mit seiner Argumentation ganz auf dem falschen Wege. Die erwähnten Ausnahmen von der Gehorsamspflicht waren auch schon anerkannt, als es eine Vorschrift von der Art des § 71 des Preuß. MStGB. noch nicht gab, der Vorgesetzte also noch als allein strafrechtlich verantwortlich betrachtet wurde. Beide Probleme müssen strengstens auseinandergehalten werden.

Man könnte nun darauf verweisen, daß das Allgemeine Landrecht in der Frage der Mitverantwortlichkeit des Untergebenen einen anderen Standpunkt vertreten habe, nämlich die Auffassung, daß durch Befehl die Strafbarkeit des Täters zwar gemindert, aber nicht erlassen werden könne. In der Tat bestimmten die §§ 68 und 69 tit. 20 des A.L.R.:

> „Steht derjenige, der sich eines Andern zur Ausführung eines Verbrechens bedient, gegen den Thäter in dem Verhältnisse eines Vorgesetzten, oder einer Respektsperson, so wird er als Rädelsführer des veranstalteten Verbrechens angesehen.
>
> „Wegen dieses Verhältnisses des Thäters gegen seinen Obern kann die Strafe des ersteren zwar gemindert, aber nicht erlassen werden."

Straffrei sollte also der Untergebene nicht ausgehen! Es ist die Frage, ob diese Vorschrift auch Geltung für das militärische Gebiet haben sollte.

Es läßt sich eindeutig nachweisen, daß diese Regelung niemals auf das militärische Leben übertragen worden ist. In den Motiven zu dem Entwurf eines bürgerlichen Strafgesetzbuchs vom Jahre 1827 wird bei der Besprechung jener beiden Vorschriften des A.L.R. für den militärischen Befehl ausdrücklich eine Ausnahme gemacht. Militärpersonen müßten — so heißt es dort[6]) — „völlig frei von aller Verantwortlichkeit, unbedingt gehorchen, sofern das Geschäft nur die Form eines Amtsgeschäfts und die Thätigkeit, welche gefordert worden, nur die Gestalt eines amtsgemäßen habe". Darin lag ein Ausbau des Gedankens, den § 47 Teil 1 Titel 6 des A.L.R. folgendermaßen formulierte:

> „Wer vermöge seines Standes oder Amtes die Befehle seiner Vorgesetzten ohne Einschränkung zu befolgen verpflichtet ist, von dem

[5]) Einzelheiten darüber bei Schwinge a. a. O.

[6]) Goltdammer: Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten. Theil I (1851) S. 376.

kann nicht gefordert werden, daß er einen in Dienstgeschäften ihm geschehenen Auftrag seiner Oberen prüfe."

Der Begriff „Stand" wurde hier seit jeher auf den „Militärstand" bezogen [7]).

II. Motive [8]).

§ 3

Die dargestellte Auffassung konnte sich im preußischen Militärstrafrecht auf die Dauer nicht behaupten. Noch nicht zehn Jahre nach Erlaß der Kabinetts-Ordre von 1821 machte sich das Bestreben geltend, diese starre Gehorsamspflicht gesetzgeberisch aufzulockern und abzumildern und die Folgepflicht bei gewissen rechtswidrigen Befehlen fallen zu lassen. Gesetzlichen Niederschlag fand dieser Auffassungswandel im Jahre 1830 zuerst in einem Entwurf [9]), der von dem Generalauditeur Friccius der „Immediatkommission zur Schaffung eines preußischen Militärstrafgesetzbuches" [10]) vorgelegt wurde. Dessen § 57 lautete:

> „Der Vorgesetzte, welcher im Dienste den Befehl zu einer Dienstverrichtung ertheilt, die eine strafbare Handlung in sich faßt, ist dafür allein verantwortlich und der Untergebene straflos, mit Ausnahme des Verbrechens des Hoch- und Landes-Verraths, der beleidigten Majestät, der Verrätherei im Sinne der Militairgesetze, des Aufruhrs und der Desertion."

Hiermit wird zum erstenmal im preußischen Militärrecht von maßgebender Stelle der Vorschlag gemacht, eine beschränkte Gehorsamspflicht einzuführen. Nach wie vor soll der Untergebene grundsätzlich zur Befolgung eines dienstlichen Befehls verpflichtet sein und somit, wenn der Befehl rechtswidrig ist, straflos bleiben. Ausnahmsweise wird ihm jedoch zur Pflicht gemacht, die Ausführung des Befehls zu verweigern, wenn ihm die Begehung eines der aufgezählten Delikte zugemutet wird. Diese Delikte werden als so schwer angesehen, daß bei ihnen das Interesse an unbedingter Wahrung der Manneszucht zurückgesetzt werden muß.

---

[7]) Goltdammer a. a. O. S. 416.

[8]) Zum folgenden vergl. auch Stoecker, Zeitschrift für Wehrrecht Bd. III (1938) S. 8 ff.

[9]) Pr. Geh. Staatsarchiv: Z. 1, Kap. V Tit. 14, Abt. 1 Nr. 5. Bei diesem Entwurf von Friccius handelt es sich um die erste geschlossene Darstellung eines Pr.M.St.GB.

[10]) Dieser Kommission gehörten an: der Justizminister v. Kamptz, Generalleutnant v. Thile und vom Generalauditoriat der Generalauditeur Friccius und die Auditeure Nicolai und Schmidt.

Dieser Vorschlag, der auf Grund der Stellung seines Verfassers als Generalauditeur eine Art amtlichen Charakter trug, hatte von privater Seite seine Vorläufer gehabt. So vertrat Rudloff[11]) einen ähnlichen, allerdings noch nicht so weitgehenden Standpunkt. Er wollte in einem sehr engen Rahmen dem Untergebenen das Recht zur Gehorsamsverweigerung zugestehen. In einer Anmerkung zu § 552, der die unbedingte Gehorsamspflicht betont, führt er aus: „Nur die Gewißheit, verbunden mit der Überzeugung, daß durch die Befolgung des Befehls dem Interesse des Monarchen ein bedeutender und unwiederbringlicher Nachtheil zugefügt werden würde, könnte eine Ausnahme rechtfertigen." Jedoch bleibt auch nach Rudloff der Untergebene immer straflos bei Befolgung solcher Dienstbefehle, die sofortige Ausführung verlangten[12]). Ein ähnlicher Gedanke findet sich etwas später in dem Entwurf von Nicolai „betreffs der Revision des Verbrechens der Insubordination" vom 30. 5. 1832[13]). Es heißt dort:

> „Ungehorsam gegen außerdienstliche Befehle ist nur disziplinarisch zu bestrafen; wer dagegen dienstliche Befehle zu strafbaren Handlungen absichtlich unerfüllt läßt, mit jeder Strafe zu verschonen."

Der Unterschied zu dem Entwurf von Friccius besteht darin, daß dieser in § 57 eine Pflicht zur Gehorsamsverweigerung bei bestimmten Delikten aufstellt, während Nicolai dem Untergebenen nur ein Recht zur Gehorsamsverweigerung zugesteht, indem er die an sich disziplinarisch zu bestrafende Gehorsamsverweigerung straflos lassen will, wenn der Untergebene bei Ausführung des Befehls ganz allgemein eine strafbare Handlung begehen würde. Der Entwurf Friccius' wurde jedoch von der „Kommission zur Schaffung eines preußischen Militairstrafgesetzbuches" abgelehnt. In einer Verhandlung vom 17. 3. 1831 über den § 57 wurde beschlossen, diesen Paragraph fortfallen zu lassen, „weil er die Handlungen des Vorgesetzten einer Kritik des Untergebenen unterwerfe und dieß in Beziehung auf die Disziplin von großer Gefährlichkeit sein würde."[14]) Die alte Einstellung zur Frage der unbedingten Gehorsamspflicht auch gegenüber rechtwidrigen Befehlen behielt — gestützt auf die

---

[11]) Rudloff: Handbuch des Preuß. Militairrechts" (Bd. I § 552, Bd. II § 935).
[12]) Vgl. auch Cavan a. a. O.
[13]) Pr. Geh. Staatsarchiv: Rep. 84 XI, Abt. IV J. 2. S. 18.
[14]) Pr. Geh. Staatsarchiv: Rep. 84 XI, Abt. II Nr. 5 S. 140.

gleichen aus der Rücksichtnahme auf die Manneszucht hergeleiteten Gründe — die Oberhand.

§ 4.

1835 legt der Justizminister von Kamptz der Reformkommission einen neuen Entwurf vor [15]), in dem sich ein dem § 57 entsprechender Paragraph nicht mehr findet, sondern statt dessen der Versuch gemacht wird, eine umfassendere Regelung des Problems „Befehl und Gehorsam" im Abschnitt „Subordination" zu treffen. Bemerkenswert daran ist zunächst, daß in § 135 des Entwurfes wieder wie früher die unbedingte Pflicht des Untergebenen zum Gehorsam gegenüber den Dienstbefehlen des Vorgesetzten statuiert wird. Durch § 137 wird dieser Grundsatz dann aber wesentlich eingeschränkt:

> „Zur Gültigkeit eines Dienstbefehls ist erforderlich, daß derselbe den Dienst, nicht aber Privatinteressen betrifft, und daß er die dem Soldaten ausdrücklich zur Pflicht gemachten Handlungen oder Unterlassungen nicht verletzt."

Mit dieser Regelung suchte man den Bedenken der Kommission dadurch aus dem Wege zu gehen, daß man nicht mehr unmittelbar auf die Frage: Befolgung oder Nichtbefolgung eines Befehls abstellte, sondern eine Lösung vom Begriff des Dienstbefehls her versuchte. Ein Befehl, der eine dem Soldaten ausdrücklich zur Pflicht gemachte Handlung verletzte, sollte nicht als „Dienstbefehl" zu betrachten sein! Mit dieser unklaren und schwer bestimmbaren Regelung würde aber praktisch nur Unheil angerichtet worden sein, weil durch sie dem Untergebenen eine Prüfungspflicht aufgebürdet worden wäre, der er regelmäßig nicht gewachsen sein würde.

Dieser Vorschlag des Justizministeriums verfiel deshalb in der Reformkommission auch sofort der Ablehnung, und niemand kam je darauf zurück.

Generallieutenant von Thile hat gutachtlich zu diesem § 137 festgestellt: Eine solche Regelung wäre schon deshalb unannehmbar, weil es „sehr schwierig und zugleich bedenklich seyn würde, über den Umfang und die Grenzen der militärischen Subordination und die daraus hervorgehenden Pflichten" allgemeine Grundsätze aufzustellen. Die Gesetzgebung müsse vielmehr dahin wirken, „daß der Gedanke an die Möglichkeit einer Nicht-

[15]) Entwurf des Strafgesetzbuches für das königl. preuß. Militair.

befolgung empfangener Befehle im Soldaten gar nicht aufkommen dürfe" [16]).

§ 5

Am 26. 11. 1836 wurde nach Auflösung der alten Kommisson eine neue eingesetzt, die 1841 einen Entwurf vorlegte [17]), in dem folgende Bestimmung enthalten war (§ 50):

> „Wird durch die Ausführung eines Befehls in militairischen Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte verantwortlich, der gehorchende Untergebene aber nur insoweit strafbar, als er den ertheilten Befehl überschritten hat. Wenn jedoch der Befehl die Ausübung eines hochverrätherischen oder landesverrätherischen Verbrechens bezweckt, so soll dem Untergebenen, welcher sich wissentlich der Ausführung eines solchen Befehls unterzieht, die Strafe des Theilnehmers treffen."

In den Motiven zu diesem § 50 wird ausgeführt, im militärischen Leben müßten Untergebene ihren Vorgesetzten zu unbedingten Gehorsam verpflichtet sein. „Ob der Befehl rechtsmäßig oder unrechtsmäßig ertheilt worden, hat der Untergebene nicht zu prüfen; der Vorgesetzte ist allein für seine Befehle verantwortlich." Von diesem Grundsatz könne eine Ausnahme allein bei Ausführung solcher Befehle gemacht werden, die — dem Untergebenen bekannt — ein hoch- oder landesverräterisches Verbrechen bezweckten. „Denn die Pflicht der militairischen Treue gegen den König ist eine höhere Pflicht, als die des militairischen Gehorsams gegen den Vorgesetzten, und es muß also da, wo beide Pflichten in unzweifelhafter Collision mit einanderkommen, die letztgedachte nachstehen."

§ 6.

Dieser neue Vorschlag drang indessen beim Kriegsministerium nicht durch. Dieses unterzog jetzt den Wortlaut, der bis dahin die Vorschläge der Entwürfe beherrscht hatte, einer Änderung, die für die weitere Geschichte des Paragraphen von entscheidender Bedeutung wurde. Das Kriegsministerium wünschte folgende Fassung [18]):

> „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte verantwortlich.

---

[16]) Pr. Geh. Staatsarchiv: Rep. 84, XI, Abt. II Nr. 5 Vol. 3.

[17]) Militairstrafgesetzbuch für die königl. preuß. Staaten mit Motiven. Pr. Geh. Staatsarchiv: Rep. 84, XI, Abt. II Nr. 5 Vol. 4.

[18]) Für das Folgende siehe: Archiv des Preuß. Justizministeriums: Rep. 84, a. I G. r. Gen. Nr. 5, Vol. 2.

Wissentliche Mitwirkung bei Verletzung des Strafgesetzes wird als Theilnahme an dem Vergehen des befehlenden Vorgesetzten bestraft."

Als Grund für die neue Formulierung wurde angeführt, daß sie erforderlich sei, „um die Zusicherung gänzlicher Straflosigkeit in den Fällen zu vermeiden, wo der dienstliche Befehl Handlungen zum Gegenstand hatte, deren Gesetzwidrigkeit und Strafbarkeit dem Untergebenen bei Anwendung der geringsten Aufmerksamkeit nicht unbekannt bleiben konnte".

Es wird hier also der Grundsatz der unbedingten Gehorsamspflicht aufgegeben, indem nunmehr eine liberalistische rechtsethische Betrachtungsweise in den Vordergrund gerückt wird.

Die Militärkommission (bestehend aus den Generalen von Grolmann, von Krauseneck und Aster), welcher der Entwurf mit den Bemerkungen des Kriegsministeriums zur Begutachtung überwiesen wurde, versuchte die Entwicklung noch einmal aufzuhalten, indem sie Festhalten an der alten Fassung des § 50 forderte mit dem Hinweis, daß der § 50 „mit den in der Kabinettsordre vom 11. 5. 1821 ausgesprochenen Grundsätzen über den unbedingten Gehorsam des Untergebenen gegen die Dienstbefehle des Vorgesetzten ganz übereinstimmte" [19].

Das Kriegsministerium [20] bestand jedoch auf seiner Auffassung, da es nicht billigen könne, daß „bei genauer Befolgung eines Befehls in Dienstsachen der Untergebene unter allen Umständen straflos" bleiben solle. Es schlug daher vor, den zweiten Absatz dahingehend zu ändern:

„Ob auch außer dem Fall einer Überschreitung des erhaltenen Befehls der Untergebene der Theilnahme an dem Vergehen des Vorgesetzten für schuldig erachtet werden kann, ist nach den besonderen, die Gesetzwidrigkeit des Befehls außer Zweifel setzenden Umständen zu ermessen."

Da keine Einigung zwischen dem Kriegsministerium und der Militärkommission herbeigeführt werden konnte, wurde der Entwurf mit den Bemerkungen des Kriegsministeriums und der Militärkommission dem Justizminister von Mühler zur Begutachtung vorgelegt. Um nach Möglichkeit beiden Teilen gerecht zu werden, schlug dieser folgende Fassung vor [21]:

[19] Gutachtliche Bemerkungen vom 23. 3. 1842.
[20] Äußerungen des Kriegsministeriums zu den Bemerkungen der Militärkommission vom 30. 4. 1842.
[21] Gutachtliche Äußerungen des Justizministers vom 26. 12. 1842.

„Wird durch Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte in der Regel allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Theilnehmers,

1. wenn er den ihm ertheilten Befehl überschritt, oder
2. wenn ihm bekannt war, daß der Befehl des Vorgesetzten die Ausführung einer Handlung betraf, welche einen Hoch-, Landes- oder Kriegs-Verrath, ein Majestäts-Verbrechen, einen Mord oder sonst ein offenbar schweres Verbrechen bezweckte."

Mühler versuchte also noch einmal die Strafbarkeit des Untergebenen einzuschränken, und zwar derart, daß dieser nur bei Ausführung rechtswidriger Befehle, die ganz bestimmte, besonders wertvolle Rechtsgüter verletzten, als Mittäter behandelt werden sollte. Damit wäre auch das Recht und die Pflicht zur Gehorsamsverweigerung auf ganz bestimmte deliktische Tatbestände beschränkt gewesen.

Der Kriegsminister v. Boyen erwiderte jedoch auf diese gutachtlichen Äußerungen[22]: „Im § 50 halte ich es für bedenklich und gefährlich, einzelne Verbrechen als Hoch- oder Landesverrath hier speziell anzuführen. Die politischen Ereignisse namentlich in den Jahren 1812/13[23]) haben zur Genüge dargethan, daß in Kriegszeiten die höheren Militairbefehlshaber und deren Untergebene bei Erfüllung ihrer Pflichten für König und Vaterland durch politische Conjuncturen in besondere Konflicte geraten können." Aus diesem Grunde schlug er vor, die Ziffer 2 folgendermaßen zu fassen:

„2. wenn ihm bekannt war, daß der Befehl des Vorgesetzten die Ausführung einer Handlung betraf, welche ein offenbar schweres Verbrechen bezweckte."

Auf diese Weise hoffte er, „dem Ermessen des erkennenden Kriegsgerichts in solchen Fällen die erforderliche Freiheit zu verschaffen". Diese Auffassung des Kriegsministeriums setzte sich — wohl auf Grund mündlicher Verhandlungen zwischen dem Kriegsminister und dem Justizminister[24]) — durch, und im März 1845 wurde § 50 dann in der Fassung des § 71 Gesetz:

„Wird durch Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte in der Regel allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Theilnehmers,

---

[22]) Die Erwiderung ist datiert vom 12. 4. 1843.

[23]) v. Boyen bezieht sich hier zweifellos auf den Neutralitätsvertrag zwischen General York und dem russischen General Diebitsch vom 30. 12. 1812 zu Tauroggen (sogenannte Konvention von Tauroggen).

[24]) Daß noch mündliche Verhandlungen stattgefunden haben, geht aus einem Brief des Justizministers hervor. (Archiv des preuß. Justizministeriums: Rep. 84 a I. G. r. Gen. Nr. 5 Vol. 2).

1. wenn er den ihm ertheilten Befehl überschritten hat,
2. wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche offenbar ein Verbrechen bezweckte."

III. Die authentische Interpretation vom 27. 3. 1860.

§ 7.

Aus der bisherigen Darstellung der Vorgeschichte ist zu ersehen, daß sich § 71 des Preuß. MStGB. von 1845 erst nach erbittertem Streit durchsetzen konnte und daß militärische Sachverständige die neue Formulierung für verhängnisvoll hielten. Im Endergebnis sollte aber schließlich der militärische Standpunkt die Oberhand behalten; am 27. 3. 1860 erließ der Prinzregent Wilhelm eine Kabinetts-Ordre, die durch authentische Interpretation den § 71 abänderte und der Fassung des § 50 im Entwurf annäherte. In dieser Kabinetts-Ordre hieß es[25]):

> „Es ist, wenn durch pünktliche Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Militärstrafgesetz verletzt wird, der befehlende Vorgesetzte allein dafür verantwortlich, und der gehorchende Untergebene kann nur dann strafbar werden, wenn in der Ausführung eine Verletzung der militärischen Treue liegt. Das Generalauditoriat hat hiernach darauf zu achten, daß bei Verletzung eines Militärstrafgesetzes durch Ausführung eines Befehls in Dienstsachen der § 71 des Militärstrafgesetzbuches in diesem Sinne angewendet wird."

Diese Interpretation dehnt die Gehorsamspflicht des Soldaten wesentlich aus und schränkt die strafrechtliche Mitverantwortung des Untergebenen ein. Ein Zurückgreifen auf § 50 des Entwurfes liegt insofern vor, als der Grundsatz von der Verbindlichkeit rechtswidriger Befehle durchbrochen wird, bei solchen Befehlen, deren Ausführung die Verletzung eines besonders wertvollen Rechtsgutes — der „militärischen Treue" — zur Folge haben würde.

§ 8.

Welche Gründe die Ursache dieser Interpretation waren, ist aktenmäßig nicht mehr feststellbar. Die früher im Heeresarchiv befindlichen Akten über die Kabinetts-Ordre sind vernichtet worden. Dagegen lassen sich Schlüsse auf den Anlaß zum Erlaß der Kabinetts-Ordre aus den Äußerungen des späteren Kaiser Wilhelm über die Disziplin in der Landwehr ziehen[26]). Freilich handelt es sich hier nur um Vermutungen.

---

[25]) Pr.Mil.Ges.Samml. Band VI S. 166.

[26]) Das Preuß. Justizministerium war am Zustandekommen dieser Kabinetts-Ordre nicht beteiligt; dies geht daraus hervor, daß sich in den Akten des Justizministeriums hierüber nichts findet.

Um zu erkennen, in welcher Richtung und in welchem Umfange der Prinzregent einen Einfluß auf die Interpretation des § 71 ausgeübt haben mag, muß man auf die Jahre 1837/47 zurückgehen, in denen er die „Kommission zur Entwerfung eines Dienstreglements für die Armee" leitete[27]).

In dem Entwurf eines Dienstreglements aus dem Jahre 1838[28]) hatte Oberstleutnant v. Rudloff das Problem in § 44 folgendermaßen regeln wollen:

> „Ob ein von seinem Vorgesetzten ihm ertheilter Befehl als ein gültiger Dienstbefehl zu betrachten sei, darf der Untergebene zwar niemals zu prüfen sich erlauben; wenn jedoch die ihm befohlene Handlung unzweifelhaft von der Art sein sollte, daß sie mit den Pflichten der Treue oder des Gehorsams gegen Seine Majestät den König in offenbarem Widerspruche stände, so ist . . . der Untergebene nicht allein befugt, sondern auch verpflichtet, den Gehorsam zu verweigern . . ."

In einer Randbemerkung zu diesem Paragraph sprach sich der Prinz damals für die Beibehaltung des alten Dienstreglements vom 13. 9. 1788[29]) aus, allerdings „mit dem Zusatz der erlaubten Gehorsamsverweigerung bei klarem Hochverrath . . ." Das ist derselbe Gedanke, der später der Kabinetts-Ordre von 1860 zugrundegelegt worden ist.

§ 9.

Für das Zustandekommen der Kabinetts-Ordre müssen ferner die damaligen Zustände in der Landwehr, mit denen sich zu dieser Zeit der Prinzregent besonders beschäftigte, entscheidend gewesen sein. So erinnerte er in einem Vortrag im Staatsministerium am 3. Dezember 1859[30]) an die unhaltbaren Verhältnisse in der Landwehr beim badischen Feldzug im Frühjahr 1849: „Was in Schleswig vorfiel, wissen Sie, in Baden habe Ich Selbst dann erleben müssen, wie das Bataillon (. . .) zweimal, das Bataillon (. . .) einmal aus dem Feuer weglief; ein Bataillon des 26. Infanterie-Regiments stand hinter ihnen, um sie mit gefälltem Gewehr ins Gefecht zurückzutreiben."

---

[27]) Milit. Schriften Wilhelms I., Bd. I S. 262 f.

[28]) Abgedr. in den Milit. Schriften Wilhelms I., Bd. I S. 271 ff.

[29]) In diesem Reglement (11. Teil, Titel 1, Art. 2 u. 3) heißt es: Wenn ein Befehl erteilt wird, bei welchem der Befehlsempfänger glaubt, daß er „wider Sr. Königlichen Majestät Allergnädigste Intention und Ordre laufe" er „dennoch ohne die allermindeste Widerrede dem Befehl Gehorsam leisten" müsse, „und nicht etwa eine Gegenvorstellung machen" dürfe, „weil es wider die Ehrerbietung und Subordination . . . verstoßen und schlimme Folgen nach sich ziehen würde".

[30]) Abgedr. in den Milit. Schriften Wilhelms I., Bd. II S. 448 ff.

Im Zusammenhang mit der Landwehr weist er an anderer Stelle auf die mangelnde Kriegszucht hin[31]): „Bei der Schwäche der disziplinarischen Handhaben ist man genöthigt, an den ‚guten Willen' und die zuweilen nur supponirte ‚patriotische Gesinnung' zu appellieren. Aber die Impotenz dieser moralischen Potenzen wird durch die Erfahrung ins grellste Licht gestellt."

Sicherlich sind diese Äußerungen des Prinzregenten in erster Linie zu dem Zwecke erfolgt, um die Notwendigkeit einer Reorganisation der Landwehr zu beweisen. Auf der anderen Seite ist aber unverkennbar, daß ihn diese Zustände in dem Entschluß bestärkt haben, zur Sicherung der Disziplin die Interpretation zum § 71 zu erlassen.

In den folgenden Jahren wurde an dieser Auslegung festgehalten. Sie wurde sogar mit gesetzesähnlicher Kraft ausgestattet und für die Militärgerichte verbindlich vorgeschrieben, als sie im Bundesgesetzblatt Nr. 13 vom 29. 12. 1867 betreffend die Verordnung über die Einführung des Preußischen Militär-Strafgesetzbuches als Anmerkung zu § 71 veröffentlicht wurde.

IV. Motive zu dem Deutschen Militärstrafgesetzbuch von 1872.

§ 10.

Bei dem 1870 einsetzenden Meinungsstreit über die gesetzgeberische Neuregelung des Problems trat sein allgemein politischer Untergrund noch stärker als bisher in Erscheinung.

Das Deutsche Militärstrafgesetzbuch geht in erster Linie auf einen Entwurf des damaligen Generalauditeurs Fleck vom Juni 1871 zurück[32]). Der den „Befehl zur Tat" behandelnde § 76 wurde sinngemäß in dem § 58 des später dem Bundesrat vorgelegten Entwurfes übernommen.

§ 58 lautete[33]):

> „Wird von einer Person des Soldatenstandes durch Ausführung eines Befehls in Dienstsachen eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen, so ist der Vorgesetzte, welcher den Befehl ertheilt hat, als Thäter zu betrachten. Der Untergebene bleibt straflos, insoweit er den Befehl nicht überschritten hat. Er ist jedoch als Mitthäter zu betrachten, wenn die Befolgung des Befehls eine Handlung gegen die militärische Treue in sich schließt."

---

[31]) Vgl. Milit. Schriften Wilhelms I., Bd. II S. 351. Siehe auch v. Sybel, II, S. 374.

[32]) Materialien zum M.St.G.B. für das Deutsche Reich Bd. I.

[33]) Materialien zum M.St.G.B. für das Deutsche Reich Bd. II S. 14.

Dieser Text schließt sich inhaltlich der Interpretation des Prinzregenten von 1860 an. Die Motive[34]) betonen noch einmal ausdrücklich, daß es im Interesse der militärischen Disziplin nicht zugelassen werden könne, daß der Untergebene den Befehl seines Vorgesetzten auf seine Rechtmäßigkeit prüfe. Einzig die Bewahrung der militärischen Treue stehe über der Gehorsamspflicht, und es sei daher eine Verletzung dieser Treue, auch wenn sie befohlen wäre, dem Täter zuzurechnen.

An dieser Fassung wurde in den Verhandlungen der Kommissionen nichts Wesentliches ausgesetzt[35]). Als Bismarck am 8. 4. 1872 den vom Bundesrat angenommenen Entwurf dem Reichstag vorlegte, wurde jedoch von der Opposition nochmalige Überprüfung verlangt und eine unter dem Vorsitz des Generalfeldmarschalls Graf v. Moltke stehende Kommission mit dieser Aufgabe betraut.

In der 11. Sitzung des Ausschusses[36]) vom 7. 5. 1872 stellte der nationalliberale Abgeordnete Lasker den Antrag, den § 58 des Entwurfes durch § 71 Preuß. Militärstrafgesetzbuch zu ersetzen. Dadurch sollte die zur Einschränkung dieser Bestimmung im Interesse der Stärkung der Disziplin erlassene amtliche Interpretation beseitigt werden. Zur Begründung führte Lasker aus, daß „die Abweichung vom früheren Militär-Strafgesetzbuch den Soldaten noch mehr zur Maschine herabdrücke".

Lasker hatte mit seinem Antrag Erfolg: diesem wurde später von der Kommission stattgegeben und am 17. 5. 1872 das neue Militärstrafgesetzbuch mit dem heutigen § 47 vom Reichstag angenommen.

Es ist anzunehmen, daß sowohl der Kaiser als auch die hohen militärischen Autoritäten den Antrag Lasker mißbilligt haben. In Roons Denkwürdigkeiten finden sich über das Zustandekommen des MStGB. folgende bemerkenswerten Äußerungen[37])

> „Das Frühjahr 1872 brachte die parlamentarischen Verhandlungen betreffend das neue Militärstrafgesetzbuch. Ein Entwurf hierüber war während des Winters durch eine Kommission, die im Kriegsministerium tagte, durchberaten worden. Trotzdem und trotz der Erfolge

---

[34]) Materialien zum M.St.G.B. für das Deutsche Reich Bd. II S. 79 ff.
[35]) Vgl. die Verhandlungen der Subkommissionen (Materialien zum M.St.G.B. für das Deutsche Reich Bd. I).
[36]) Deutscher Reichstag 1. Leg.Per. III. Session 1872 VI. Kom.
[37]) a. a. O. Bd. II S. 569 f.

der letzten Feldzüge, die man doch hauptsächlich der unerschütterlichen preußischen Disziplin verdankte, fand die Vorlage in vielen wichtigen Punkten Widerspruch, als sie in den Reichstag gelangte. Es wurden von der Opposition Anträge eingebracht, welche die Fundamente der preußischen Kriegszucht bedrohten und in ihrer Ausführung die so notwendige Autorität des Vorgesetzten empfindlich geschädigt haben würde. Das Zustandekommen des Gesetzes . . war dadurch wiederholt sehr fraglich geworden; mehrere etwas sehr bedenkliche Änderungen mußten zugestanden werden."

V. Zusammenfassung.

§ 11.

Wenn wir den geschichtlichen Rückblick zusammenfassen, ergibt sich folgendes Bild:

Vor Inkrafttreten des Preuß. Militärstrafgesetzbuches bestand in Preußen eine unbedingte Gehorsamspflicht gegenüber allen Dienstbefehlen des Vorgesetzten.

In den Entwürfen und Motiven der „Immediatkommissionen zur Schaffung eines einheitlichen preußischen Militärstrafgesetzbuches" und in den Entwürfen der „Kommission zur Entwerfung eines Dienstreglements für die Armee" wurde vorgeschlagen, die unbedingte Gehorsamspflicht des Untergebenen gegenüber Dienstbefehlen des Vorgesetzten beizubehalten, lediglich eingeschränkt gegenüber solchen Befehlen, deren Ausführung ein Verbrechen gegen den militärischen Treueid darstellen würde [38]). Der Untergebene war also bei Befolgung rechtswidriger Befehle grundsätzlich straffrei, ausgenommen, wenn er sich bei der Ausführung des Befehls völlig darüber im klaren war, ein Verbrechen gegen den militärischen Treueid zu begehen.

Diese Auslegung wurde durch das Kriegsministerium zu Fall gebracht, welches den Untergebenen bei j e d e r wissentlichen Ausführung eines rechtswidrigen Befehls bestraft wissen wollte. Da jedoch die militärischen Sachbearbeiter eine solche Regelung für verhängnisvoll hielten, wurde vom Justizminister ein Kompromißvorschlag gemacht, um beiden Teilen gerecht zu werden und die langersehnte Kodifizierung eines Preuß. Militärstrafgesetzbuches möglich zu machen. Als dann diese Vorschrift 1845 Gesetz wurde, hatte sich innerhalb dieses Kompromißvorschlages die Auffassung des Kriegsministeriums durchgesetzt.

[38]) Unter den Begriff des „Verbrechens gegen den militärischen Treueid" sollen hier die Delikte verstanden werden, die sich als Einzelaufzählungen in den verschiedenen Entwürfen finden.

In dieser Form hielt sich der § 71 nur 15 Jahre, bis er im Jahre 1860 durch die „authentische Interpretation" praktisch abgeändert wurde. Die Gehorsamspflicht des Untergebenen wurde erweitert, seine strafrechtliche Verantwortung jedoch eingeschränkt[39]). In diesem Sinne wurde die Bestimmung des § 71 bis zur Einführung des Deutschen Militärstrafgesetzbuches im Jahre 1872 ausgelegt und angewendet. Die von der Reichsregierung und dem Bundesrat vorgesehene und gewünschte Kodifizierung des bisherigen Zustandes wurde jedoch durch das Wirken von Lasker zum Scheitern gebracht, einem Manne, der sich in der Kommission mehrfach durch die Manneszucht zersetzende Anträge auszeichnete! Die alte Fassung des § 71 lebte wieder auf.

In der Form des nunmehrigen § 47 hielt sich diese Regelung trotz der heftigsten Anfeindungen bis zum heutigen Tage und überstand auch die am 16. 6. 1926 erfolgte neue Bekanntmachung des Militärstrafgesetzbuches[40]).

---

[39]) Vgl. Schwinge in „Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht", 1938, Heft 5, S. 150.

[40]) RGBl. I S. 275.

2. Teil.

Die Auslandsrechte.

I. Frankreich.

§ 12.

Eine dem § 47 DMStGB. entsprechende Vorschrift fehlt im französischen Militärrecht. Es ist also auf die allgemeinen Vorschriften des Code Pénal (C.P.) zurückzugreifen.

Als erstes erscheinen für dieses Problem die Artikel 114 und 188 ff. wesentlich:

Art. 114[41]) lautet:

„Lorsqu'un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du Gouvernement, aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire, et attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la Charte, il sera condamné à la peine de la dégradation civique.

Si néanmoins il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera, dans ce cas, appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre."

Art. 188[42]) lautet:

„Tout fonctionnaire public, agent ou préposé du gouvernement, de quelque état et grade qu'il soit, qui aura requis ou ordonné, fait requérir ou ordonner l'action ou l'emploi de la force public contre l'exécution d'une loi ou contre la perception d'une contribution légale, ou contre l'exécution soit d'une ordonnance ou mandat de justice, soit de tout autre ordre émané de l'autorité légitime, sera puni de la réclusion."

Art. 190[43]) lautet:

„Les peines énoncées aux articles 188 et 189 ne cesseront d'être applicables aux fonctionnaires ou préposés qui auraient agi par ordre de leurs supérieurs, qu'autant que cet ordre aura été donné par ceux-ci pour des objets de leur ressort, et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique; dans ce cas, les peines portées ci-dessus ne seront appliquées qu'aux supérieurs qui, les premiers duront donné cet ordre."

Diese Vorschriften beziehen sich jedoch ausschließlich auf politische Delikte und solche, die gegen verfassungsmäßig gewährleistete Grundrechte verstoßen[44]).

---

[41]) Übersetzung siehe Anhang.
[42]) Übersetzung siehe Anhang.
[43]) Übersetzung siehe Anhang.
[44]) Vgl. Battenberg S. 32.

Einer analogen Ausdehnung sind diese Entschuldigungsgründe [45]) nicht fähig, da es sich bei ihnen um Spezialvorschriften [46]) handelt; der Grund hierfür liegt darin, daß diesen kasuistischen Bestimmungen eine andere — Art. 327 C.P. — entgegensteht.

§ 13.

Art. 327 C.P. [47]) bestimmt:

„Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime."

In diesem Artikel liegt ein Rechtfertigungsgrund (fait justificatif) für den, der einen solchen Befehl ausführt, begründet [48]): „der deliktische Charakter einer solchen Handlung entfällt" [49]). Dem Anschein nach bezieht sich dieser Artikel nur auf die Delikte der Tötung und der Körperverletzung. Es ist jedoch heute im französischen Schrifttum unbestritten [50]), daß der Rechtsgedanke des Artikels als eine Generalnorm aufzufassen ist, die eine Ausdehnung dieses Rechtfertigungsgrundes auf alle strafbaren Handlungen, also auch auf Übertretungen [51]), zuläßt [52]). Garraud [53]) drückt dies folgendermaßen aus: „Art. 327 enthält die Spezialanwendung eines absolut generellen Begriffs."

Diese Generalnorm hat nicht nur für den Anwendungsbereich des C.P. Geltung, sondern findet insbesondere auch auf den Code de Justice militaire (C.J.M.) Anwendung [54]).

Die Voraussetzungen dieses Artikels 327 sind: 1. der Befehl eines Gesetzes. Die Worte in dem Gesetzestext „ordonnés par la loi" dürfen nicht eng ausgelegt werden, so daß es sich empfiehlt, statt „ordonné" (befohlen) „autorisé" (ermächtigt) zu setzen [55]).

---

[45]) Vgl. Garraud II S. 58.
[46]) Vgl. Garraud II S. 58.
[47]) Übersetzung siehe Anhang.
[48]) Vgl. Augier I. S. 68; Garraud II. S. 55
[49]) Hugueney S. 397.
[50]) Vgl. Augier I. S 68; Hugueney S. 397; Paquier S. 24.
[51]) Vgl. Garraud VI. S. 443.
[52]) De lege ferenda soll dem Rechnung getragen werden. Art. 112 des Entwurfes lautet (vgl. Magnol S. 235): „Il n'y a ni crime, ni délit, ni contravention (Übertretung): 1. lorsque le fait (Tat) était ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime . . ."
[53]) Garraud II. S. 55.
[54]) Einhellige Auffassung. Vgl. Augier I. S. 68
[55]) Garraud II. S. 55; Augier I. S. 68.

2. Die Anordnung durch die rechtmäßige Obrigkeit.

Beim Fehlen einer dieser Voraussetzungen entfällt die Rechtmäßigkeit der Handlung. Daß beide Voraussetzungen vorliegen müssen, geht aus dem Wort „et" hervor, das im Jahre 1810 ausdrücklich an die Stelle von „ou" gesetzt worden ist[56]). Es genügt also nicht das Vorliegen einer Gesetzesermächtigung, wenn der obrigkeitliche Befehl fehlt und umgekehrt. So macht sich z. B. nach Artikel 120 C.P. ein Gefängniswärter wegen Freiheitsberaubung (détention arbitraire) strafbar, wenn er ohne Befehl einen Gefangenen einsperrt[57]).

Im Militärrecht wirkt sich Artikel 327 so aus, daß jedem Soldaten, der eine Gesetzesverletzung begeht, der Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, wenn er einem Dienstbefehl nachkommt, der auf Grund gesetzlicher Ermächtigung erteilt wurde. Sehr bestritten dagegen ist es im französischen Schrifttum, wie sich die strafrechtliche Verantwortung des gehorchenden Untergebenen darstellt, wenn der Befehl nicht durch das Gesetz gedeckt ist, d. h. also, wenn es sich um einen rechtswidrigen Befehl handelt.

Auf Artikel 327 C.P. kann sich der Untergebene nicht berufen, da dieser völlige Rechtmäßigkeit verlangt. Andererseits würde er sich bei Nichtausführung des Befehls der Gehorsamsverweigerung nach Artikel 205 C.J.M. schuldig machen. Denn dieser bestimmt[58]):

> „Tout militaire qui refuse d'obéir et qui, hors le cas de force majeure, n'exécute pas les ordres reçus, est puni d'un emprisonnement d'un an à deux ans."

§ 14.

Das Problem des rechtswidrigen, verbindlichen Befehls, wie es in Frankreich aufgefaßt wurde und noch wird, zeigt in äußerst eindringlicher Weise, welche weitgehende politische Bedeutung ihm beizumessen ist.

Die mangelnde gesetzgeberische Spezifizierung des Problems hat zur Folge, daß der Meinungsstreit auch heute noch nicht abgeschlossen ist. Einhelligkeit besteht nur darüber, daß in der Gehorsamspflicht ein Unterschied zwischen Zivil- und Militärpersonen gemacht werden müsse. Man sagt, die ersteren

---

[56]) Siehe Augier I. S. 69.
[57]) Beispiel bei Hugueney S. 397.
[58]) Übersetzung siehe Anhang.

hätten die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit eines Befehls zu prüfen und seien außerdem unabhängig in ihrer Gehorsamspflicht. Im Gegensatz dazu hätten die Soldaten — insbesondere Gemeine und Unteroffiziere — keine Möglichkeit, die empfangenen Befehle auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen, da der militärische Dienst stramme und sofortige Durchführung des empfangenen Befehls verlange. Vom Soldaten müsse man blinden Gehorsam (l'obéissance passive) verlangen; nur für Zivilpersonen dürfe man sich auf einen verständigen Gehorsam (l'obéissance raisonable) beschränken [59]).

§ 15.

Das Problem liegt in der Frage, wo die Grenzen der „blinden" Gehorsamspflicht liegen oder, anders ausgedrückt, wo die strafrechtliche Verantwortung des Untergebenen für das durch genaue Befehlsausführung begangene Delikt beginnt.

Die Schwierigkeit der Lösung spricht aus den Worten Garrauds [60]):

> „Dire que le subordonné n'est jamais coupable, c'est proclamer qu'il doit toujours l'obéissance passive, c'est mettre la loi à la disposition des chefs du gouvernement et ouvrir ainsi la porte aux coups de force. Mais dire que le subordonné est toujours coupable, c'est le faire toujours juge de la légalité des ordres qu'il reçoit, c'est détruire la subordination hiérarchique et rendre impossible l'exercice du pouvoir."

§ 16.

Im modernen juristischen Schrifttum Frankreichs haben sich drei Auffassungen entwickelt, die auf verschiedene Weise eine Lösung aus der Pflichtenkollision des Untergebenen anstreben:

1. Jeder Befehl, auch der rechtswidrige, ist auszuführen;
2. ausschließlich die rechtmäßigen Befehle sind zu befolgen;
3. es besteht eine unbedingte Gehorsamspflicht mit bestimmten Vorbehalten.

Die erste Auffassung [61]) vertritt den unbeschränkten (blinden) Gehorsam, verlangt also die Ausführung jedes erteilten Befehls. Die Verantwortung trifft allein den befehlenden Vorgesetzten, während der gehorchende Untergebene immer ohne Verantwortung (irresponsable) bleibt.

[59]) Vgl. u. a. Garraud II. S. 57 f.
[60]) Garraud: Précis de droit criminel. S. 344. Übersetzung siehe Anhang.
[61]) So z. B. Clerc S. 85 ff.; Trébutien S. 405.

Zur Beweisführung werden angeführt: Artikel 205 C.J.M.[62]) und Artikel 1 des Dekrets über die Disziplin vom 1. 4. 1933[63]):

„La discipline faisant la force principale des armées, il importe que tout supérieur obtienne de ses subordonnés une obéissance entière et une soumission de tous les instants, que les ordres soient exécutés littéralement, sans hésitation ni murmure; l'autorité qui les donne en est responsable et la réclamation n'est permise à l'inférieur que lorsqu'il a obéi."

In diesen Artikeln sei keine Rede von irgendwelcher Einschränkung der Gehorsamspflicht, sondern im Gegenteil werde eine bedingungslose Unterordnung verlangt.

Weiterhin führt diese Auffassung zur Begründung der Straflosigkeit des Untergebenen bei Ausführung eines rechtswidrigen Befehls Artikel 64 C.P.[64]) ins Feld:

„Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister."

Die unbedingte Gehorsamspflicht und die Verpflichtung eines jeden Soldaten, die Disziplin einzuhalten, sei eine Kraft, die es dem Untergebenen unmöglich mache, zu widerstehen. Der Soldat handele also nicht schuldhaft. Artikel 327 C.P. entkräfte diese Auffassung nicht; denn für den Fall, daß der Untergebene einen Befehl befolge, der nicht durch das Gesetz gedeckt, also rechtswidrig sei, begehe er zwar eine Gesetzesverletzung, es stehe ihm aber i m m e r der Entschuldigungsgrund des Artikels 64 C.P. zur Seite.

Dieser Auffassung wird entgegengehalten, daß sie sich nicht aus dem Gesetz begründen lasse. Denn Artikel 327 C.P. verlange „l'ordre de la loi" und es sei undenkbar, daß das Gesetz ein Verbrechen befehle[65]). Artikel 64 C.P. hier zum Zuge kommen zu lassen, müsse als verfehlt betrachtet werden; denn die militärische Disziplin würde sich nur als „unwiderstehliche Kraft" darstellen, wenn man auf dem Boden eines „Kadavergehorsams" stände; dessen Vorhandensein solle aber gerade bewiesen werden und es sei nicht zulässig, zur Beweisführung das zu Beweisende als Argument zu unterstellen!

---

[62]) Zitiert auf S. 29.
[63]) Übersetzung siehe Anhang.
[64]) Übersetzung siehe Anhang.
[65]) Paquier S. 52.

§ 17.

Die zweite Theorie[66]) hält einen Gehorsam für richtig, der durch die Rechtmäßigkeit des Befehls (l'obéissance conditionée par la légalité) bedingt ist. Diese Auffassung argumentiert mit Artikel 7 des Dekrets über die Disziplin vom 1. 4. 1933: Hiernach ist der Truppe beim Vorstellen eines neuen Führers folgende Formel zu verlesen[67]):

„. . . Vous lui obériez en tout ce qu'il vous commandera pour le bien du service, l'exécution des reglements militaires et l'observation des lois."

Ferner wird Artikel 25 des Pressegesetzes angeführt[68]):

„Toute provocation . . . adressée à des militaires des armées de terre ou de mer, dans le but de les détourner de leurs devoirs militaires et de l'obéissance qu'ils doivent à leurs chefs dans tout ce qu'ils leur commandent pour l'exécution des lois et reglements militaires sera puni . . ."

Eine unüberlegte Disziplin (une discipline aveugle), ein Gehorsam ohne Grenzen und ohne Vorbehalt sei hiermit für unzulässig erklärt. Der Soldat urteile, bevor er gehorche; er prüfe, ob das, was ihm befohlen werde, nicht im Gegensatz zu den Gesetzen und den militärischen Regeln stehe.

Befolge der Untergebene den rechtswidrigen Befehl, so werde er nach Artikel 59 und Artikel 60 C.P. als Teilnehmer bestraft; jedoch solle die Strafe mit Rücksicht auf den Gewissenszwang (contrainte morale), in welchem sich der Untergebene befände, milder ausfallen[69]). Für den Fall, daß der Untergebene bei Verweigerung des Gehorsams für sein Leben oder seine Freiheit befürchten müsse, komme Artikel 64 C.P. in Anwendung und er bleibe straflos. Grundsätzlich lassen jedoch die Vertreter dieser Theorie den Untergebenen nur dann straffrei, wenn er in dem guten Glauben war, kein Verbrechen zu begehen. Voraussetzungen hierfür sind:

1. daß die Unrechtmäßigkeit des Befehls nicht offenbar (évident) war und
2. daß der Befehl innerhalb der Amtsbefugnisse des Vorgesetzten lag (que l'ordre ait concerné quelque objet du ressort du supérieur).

---

[66]) Vgl. insbesondere Garraud.
[67]) Übersetzung siehe Anhang.
[68]) Übersetzung siehe Anhang.
[69]) Hugueney S. 398.

Beim Bestehen dieser Voraussetzungen liege ein Irrtum vor, der die Schuld ausschließe [70]).

Das Hauptargument dieser Lehre liegt in den letzten Halbsätzen der beiden oben angeführten Artikel, die aussprechen, daß die Gehorsamspflicht aufhöre, wenn der Befehl im Gegensatz zu den Gesetzen und den militärischen Regeln stehe.

Diese Begründung wird durch die Entstehungsgeschichte von Artikel 25 des Pressegesetzes widerlegt.

Als das Pressegesetz der Deputiertenkammer vorgelegt wurde, fehlte dem Artikel der entscheidende letzte Halbsatz. Anläßlich der Diskussion vor der Kammer in der Sitzung vom 14. 2. 1881 wies ein Abgeordneter darauf hin, daß den Worten: „l'obéissance qu'ils doivent à leurs chefs" ein falscher Inhalt unterschoben werden könnte. Es bestände die Gefahr, daß sie nicht im Sinne eines „blinden Gehorsams" (l'obéissance passive), sondern eines „Kadavergehorsams" (l'obéissance aveugle) ausgelegt würden. Er führte wörtlich aus [71]): „Ne vous y trompez pas, cet article sera interprété en ce sens que le Parlament accepte, proclame la doctrine de l'obéissance, n o n p a s passive — je suis partisan de l'obéissance passive — l'obéissance aveugle, c'est-à-dire le devoir pour l'inférieur d'obéir, quel que soit l'ordre donné par le supérieur."

Im Namen der Kommission interpretierte daraufhin ein Abgeordneter die Gehorsamspflicht folgendermaßen [72]): „L'obéissance s'arrête quand les chefs eux-mêmes n'obéissent pas à la C o n s t i t u t i o n qui est le chef suprême."

Aus der Gegenüberstellung: „l'obéissance passive — l'obéissance aveugle" und aus der Definition der Gehorsamspflicht geht klar die Stellungnahme der Deputiertenkammer hervor: Es sollte lediglich die Festsetzung eines Kadavergehorsams verhindert werden, da dieser in seiner unbeschränkten Gehorsamspflicht auch nicht vor einer befohlenen Verletzung der Verfassung haltmachen würde. In der Mißachtung eines so wertvollen Rechtsgutes wird aber ein größerer Schaden erblickt als in der Disziplingefährdung. Diese Einstellung spricht besonders aus der Wendung: „Die Gehorsamspflicht hört auf, wenn die Vorgesetz-

---

[70]) Vgl. Garraud II. S. 60.
[71]) Annales de la chambre des Députés S. 248.
[72]) Annales de la chambre des Députés S. 249.

ten der Verfassung nicht gehorchen." Nach wie vor wollte man aber an der Statuierung einer „blinden" Gehorsamspflicht festhalten.

Das Bestehen dieser Tendenz wird noch durch Folgendes bestärkt:

Anläßlich der Diskussion über dasselbe Problem am 28. 7. 1882 vor dem Senat[73]) wollte ein Abgeordneter den Artikel 205 C.J.M. dahin geändert haben, daß ein Soldat, der einem rechtswidrigen Befehl nicht nachkäme, niemals zu bestrafen wäre: „L'obéissance militaire . . . s'arrête lorsque l'ordre devient criminel. Les lois . . . sont faites pour les soldats comme pour les autres citoyens. Il n'y a pas de loi qui ordonne de désobéir aux lois. L'armée n'est pas un Etat dans l'Etat."

Der Abgeordnete schlug also eine Regelung vor, die dem § 47 DMStG. entsprochen haben würde. Hier setzt nun das für die französische Auffassung Bezeichnende ein: der Senat lehnte den Antrag ab, da er ihn in seinen Auswirkungen für gefährlich hielt.

§ 18.

Aus der Gegenüberstellung: „Kadavergehorsam" — „Gehorsam nur gegenüber rechtmäßigen Befehlen" entstand die für das französische Recht typische Auffassung von dem „Gehorsam mit Vorbehalten" (l'obéissance avec réserves).

Diese Vorstellung von der Gehorsamspflicht hatte sowohl der Deputiertenkammer als auch dem Senat vorgeschwebt, erhielt aber erst durch das französische Schrifttum seine juristische Form.

Schon in der französischen Praxis hatte sich eine ähnliche Auffassung entwickelt, wie sie aus dem Plädoyer des Oberstaatsanwaltes am Kassationsgerichtshof M. Ronjat vom 28. 1. 1886 spricht[74]):

> „Il existe . . . un principe général et d'intérêt supérieur qui domine toute la matière . . . c'est le principe de la subordination, inscrit en tête des décrets règlementaires que nous avons cités, et qui s'y trouve formulé en ces termes: ‚La discipline faisant la force principale des armées, il importe que tout supérieur obtienne de ses subordonnés une obéissance entière et une soumission de tous les instants, que les ordres soient exécutés littéralement, sans hésitation

[73]) Annales du Sénat S. 1084.
[74]) Abgedruckt bei Augier II. S. 658.

ni murmure, l'autorité qui les donne en est responsable et la réclamation n'est permise à l'inférieur que lorsqu'il a obéi.'

Ainsi, dès qu'un militaire a reçu un ordre d'un de ses supérieurs, il doit l'exécuter passivement sans restriction et sans discussion. L'ordre peut être mal donné; il peut être injuste: peu importe; le militaire n'a point à se faire juge du mérite et de l'opportunité de l'injonction qui lui est faite; il doit obéir immédiatement. Est-ce à dire que toute réclamation lui sera interdite? Non, certainement, et le législateur a bien prévu le cas où l'ordre donné motiverait une réclamation; mais, pour ce cas, il a prescrit des règles qui doivent être rigoureusement observées et dont la principale consiste à ne formuler la réclamation qu'après s'être soumis à l'ordre contre lequel on réclame . . .

La loi militaire n'admet donc, en aucun cas, qu'on puisse refuser obéissance ou même qu'on puisse hésiter à obéir à l'injonction d'un chef. Telle est la règle générale sur laquelle repose et en laquelle se résume toute la discipline de l'armée. Si cette règle venait à être méconnue, si les ordres des chefs pouvaient être discutés impunément par ceux qui les reçoivent, la discipline ne serait plus qu'un mot; un prétexte serait fourni à toutes les défaillances, l'impunité assurée à toutes les rébellions."

Aus der Formulierung „l'ordre peut être injuste" spricht weder die Bejahung der Gehorsamspflicht nur rechtmäßigen Befehlen gegenüber — denn „injuste" ist nicht „légal" — noch spricht daraus die unbedingte Anerkennung der Verbindlichkeit rechtswidriger Befehle — denn „injuste" entspricht nicht „illégal". Es ist vielmehr in den Ausführungen des Oberstaatsanwaltes ein Bekenntnis zur unbedingten Gehorsamspflicht mit Vorbehalten zu erblicken.

Das Gericht schloß sich den Ausführungen des Oberstaatsanwaltes an und betonte ausdrücklich, daß jede Gehorsamsverweigerung eines Dienstbefehls geahndet werden müsse.

§ 19.

Innerhalb des französischen Schrifttums besteht keine Einhelligkeit in der Frage, in welchem Punkte die Vorbehalte hinsichtlich der blinden Gehorsamspflicht gemacht werden sollen.

Der überwiegende Teil nimmt den Standpunkt ein, daß der Soldat immer zur Gehorsamsverweigerung verpflichtet ist, wenn der Befehl offenbar (évident, manifeste) rechtswidrig ist[75]).

Ein neuer Gesichtspunkt kam in die Erörterung hinein durch die Ausführungen Paquiers[76]), der die Gehorsamspflicht

[75]) So z. B. Garçon Art. 64, Nr. 163 ff. Innerhalb der Rechtsprechung insbesondere das Urteil Bourges 30 décembre 1870, S. 1871, 2, 107.

[76]) a. a. O. S. 54.

begrenzt wissen wollte, durch eine „illegalité frappante et intolérable", oder anders ausgedrückt: „l'obéissance passive limitée par l'absurde [77]). Bei dieser Theorie handelt es sich um eine ausdehnende Interpretation der eingeschränkten Gehorsamspflicht im autoritären Sinne.

Die dritte Auffassung läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: der „blinde Gehorsam" wird grundsätzlich bejaht; im Gegensatz zum „Kadavergehorsam" wird es aber dem Untergebenen zur Pflicht gemacht, den Gehorsam zu verweigern, wenn der Befehl eine offenbare Rechtswidrigkeit zum Inhalt hat, oder wenn die Befolgung des Befehls absurd wäre.

Eine Variante dieser Theorie macht einen Unterschied zwischen der Gehorsamspflicht der Offiziere und der Gemeinen [78]): „Der Offizier gehorcht mit offenen, der Gemeine mit geschlossenen Augen" [79]). Hiernach besteht also für den Gemeinen ein Gehorsam ohne Grenzen und ohne Vorbehalt; selbst der Befehl, gegen die Verfassung zu marschieren, wäre somit zu befolgen.

§ 20.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Theorie der „blinden Gehorsamspflicht mit Vorbehalten" die herrschende ist. Innerhalb dieser Theorie setzt sich jedoch die autoritäre Auffassung immer mehr durch und es fehlt auch nicht an Stimmen, die für einen „Kadavergehorsam" eintreten [80]).

II. Italien.

§ 21.

Vor Einführung des neuen bürgerlichen Strafgesetzbuches (codice penale comune) vom 19. 10. 1930 vertrat man einhellig den Standpunkt, daß zwar grundsätzlich dem Untergebenen kein Prüfungsrecht über die Rechtmäßigkeit des empfangenen Befehls zustehe, daß aber andererseits die Gehorsamspflicht durch die offenbare Kriminalität des Befehls begrenzt sei. Wenn der Befehl

---

[77]) Diese Auffassung vertrat schon Barthélemy in der „Revue du droit public. 1914".

[78]) Dieser Gedankengang findet sich auch bei Hugueney S. 398.

[79]) Zitiert bei Clerc S. 85.

[80]) So insbesondere Clerc; Hugueney in bezug auf die Gemeinen.

offenbar rechtswidrig sei, bestände nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Gehorsamsverweigerung [81]).

Eine neue Lage entstand mit der Einführung des neuen bürgerlichen Strafgesetzbuches. Hier lautet Artikel 51 [82]):

„L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della publica Autorità, esclude la punibilità. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine della Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Risponde del reato altresi chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità del l'ordine."

Entscheidend für das zu behandelnde Problem ist der erste und der letzte Satz des Artikels 51.

Auf das militärstrafrechtliche Gebiet übertragen, nimmt der erste Satz das Grundprinzip des kasuistisch gefaßten Artikels 267 codici penali esercito (cod. pen. es.) auf [83]):

„Non vi è reato quando l'omicidio, le ferite o le percosse sono ordinate dalla legge, o comandate dall'Autorità legittima."

Der Artikel 51 geht jedoch weiter als Artikel 267, da der Ausdruck „legge" ersetzt wurde durch „norma giuridica" Hieraus ist zu entnehmen, daß Artikel 51, Satz 1, jede mit verbindlicher Wirksamkeit ausgestattete Vorschrift umfassen will, also auch die militärischen Reglements [84]).

§ 22.

Im italienischen Militärstrafrecht finden sich zahlreiche Vorschriften, die auf die Disziplin und den Gehorsam Bezug haben.

Artikel 112 cod. pen. es. setzt eine unbedingte Gehorsamspflicht fest [85]):

„Il rifiuto d'obbedienza agli ordini di un superiore è reato. Qualsiasi richiamo non dispensa dall'obbedire, nè sospende l'esecuzione dell'ordine . . ."

---

[81]) Vgl. die Vico S. 77; auch Manzini vertritt noch 1932 diese Auffassung in seinem „Diritto penale militaire" (S. 58, 94, 160). Dieses ist aber überholt durch sein „Trattato di diritto penale Italiana" von 1933.

[82]) Übersetzung siehe Anhang.

[83]) Übersetzung siehe Anhang.

[84]) Vgl. Sucato S. 88.

[85]) Übersetzung siehe Anhang.

Ziffer 11 regol. discipl. mil. bestimmt[86]):

„L'obbedienza deve essere pronta, rispettosa ed assoluta. Non è permessa all'inferiore alcuna esitanza od osservazione, quand'anche se creda gravato o ingiustamente punito . . ."

Besonders weit werden die Erfordernisse einer unbedingten Gehorsamspflicht im regol. di disciplina per la M.V.S.N. (Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale), 8. marzo 1923, n. 831, art 5 gesteckt[87]):

„La disciplina consiste nell'abdicare alla propria volontà per sottostare a quella di colore che sono delegati a comandare per un interesse superiore a quello dei singoli individui."

Aus diesen Anordnungen ist zu folgern, daß dem Soldaten kein Recht auf Nachprüfung der Befehle auf ihre Rechtmäßigkeit zusteht, daß er vielmehr die vom Vorgesetzten erteilten Befehle als rechtmäßig behandeln muß. Aus diesem Grunde folgert Manzini[88]), daß der letzte Satz des Artikel 51 auf die Soldaten zur Anwendung kommt: „Daher hat der Befehl . . . ein Verbrechen gegen die Sicherheit des Staates zu begehen, zu töten, zu plündern, eine falsche Aussage vor Gericht zu machen usw. eine rechtfertigende Wirkung, da er dem Soldaten nicht zur Last zu legen ist." („Perciô, il comando di commettere . . . un reato contro la sicurezza dello Stato, di uccidere, di rubare, di dire il falso in giudizio, ecc., non essendo sindacabile dal militare, ha effetto giustificante.")

Sabatini[89]) — der grundsätzlich denselben Standpunkt vertritt — macht lediglich die Einschränkung, daß der Soldat dem Befehl nicht nachkommen darf, wenn es sich um einen verbrecherischen Befehl handelt, der außerhalb des Dienstes[90]) gegeben wurde.

§ 23.

Diese Auffassung kann heute jedoch nicht mehr als die herrschende bezeichnet werden. Von dem Bewußtsein getragen, daß diese unumschränkte, dem „Kadavergehorsam" gleichzusetzende

[86]) Übersetzung siehe Anhang. Eine ähnliche Vorschrift findet sich im Reglement über die Disziplin der M.V.S.N.: „Basis der Disziplin ist der Gehorsam, welchen der Untergebene dem Vorgesetzten schuldet. Der Gehorsam muß blind, prompt, ehrerbietig und absolut sein."

[87]) Übersetzung siehe Anhang.

[88]) Tratt. di dir. pen. Ital. Bd. III, S. 264 ff.

[89]) a. a. O. Bd. I, S. 300.

[90]) Diese Einschränkung ist dadurch verständlich, daß in Italien praktisch die Gehorsamspflicht auch auf außerdienstliche Befehle ausgedehnt ist. (Vgl. Manzini: Tratt. di dir. pen. Ital. Bd. III S. 266.)

Gehorsamspflicht, große Gefahren für den Bestand des Staates (Befehl zum Hochverrat[91]) und für die Aufrechterhaltung der militärischen Disziplin in Kriegszeiten (Befehl zur Meuterei[91]) mit sich bringt, trat das Bestreben in den Vordergrund, die Gehorsamspflicht in den ihr gebührenden Rahmen einzuschränken.

Die autoritär ausgerichtete Denkweise Italiens muß — wie es die verschiedenen Reglements zur Genüge beweisen — Festhalten an dem Prinzip des absoluten unbeschränkten Gehorsams verlangen. Desgleichen muß von dem Untergebenen gefordert werden, daß er immer in dem Gefühl handelt, der Befehl seines Vorgesetzten sei rechtmäßig und im Interesse des Staates gegeben[92]); es muß also jegliches Prüfungsrecht, das auf eine tüftelnde und spitzfindige (arzigogolare o sofisticare)[93]) Weise entsteht, entfallen, da sonst die Schlagkraft und die Ausübung des Dienstes gefährdet sein würde. Auf der anderen Seite darf es dem Untergebenen jedoch nicht gestattet sein, „jegliche Urteilsfähigkeit von vornherein auszuschalten, soweit sein Urteil auf unmittelbar einleuchtenden Augenschein und nicht auf einem kritischen Denkprozeß beruht" [94]).

Es ist daher mit der herrschenden Lehre in Italien zu dem Ergebnis zu kommen, daß zwar grundsätzlich rechtswidrige Befehle die Vermutung der Rechtmäßigkeit in sich tragen und den Untergebenen bei ihrer Ausführung straflos lassen, daß andererseits aber jede Vermutung der Rechtmäßigkeit zerstört wird, wenn der verbrecherische Charakter des Befehls so offenkundig (appariscente) und augenscheinlich (palese) ist, daß seine Ausführung der eines Verbrechens gleichkommt[95]).

De lege ferenda trägt man diesen Gedankengängen Rechnung. Es heißt in dem Bericht der Kommission zum Entwurfe eines neuen Militärstrafgesetzbuches aus dem Jahre 1932[96]):

---

[91]) Vgl. dazu die Ausführungen der Kommission zum Entwurf eines neuen Militärstrafgesetzbuches von 1932. (Abgedruckt bei Manzini: Tratt. di dir. pen. Ital. Bd. III S. 267.)

[92]) Vgl. di Vico S. 78; Sucato S. 89.

[93]) Sucato S. 89.

[94]) Sucato S. 89.

[95]) Vgl. di Vico S. 77 ff.; Sucato S. 89; Manzini: Dir. pen. mil. S. 58, 94, 160; Vacchelli (Besprechungen seines Artikels in der „Rivista di diritto e procedura penale" XII, 1932, 1. Teil S. 383 und in der Rivista penale III, 1932, 2. Teil S. 1269).

[96]) Abgedruckt bei Manzini: Tratt. di dir. pen. Ital. Bd. III S. 267.

„Die Verpflichtung zu gehorchen hört auf, wenn der verbrecherische Charakter des Befehls so offenbar (evidente) und so einleuchtend (manifesta) ist, daß er jede Annahme einer Rechtmäßigkeit (ogni presunzione di legittimità) zerstört."

III. England.

§ 24.

Bei Behandlung des englischen Militärrechts[97]) ist zu beachten, daß hier so festumrissene deliktische Tatbestände und so genaue Strafzumessungsbestimmungen, wie sie sich in den oben betrachteten romanischen Rechten finden, fehlen; vielmehr ist es dem erkennenden Kriegsgericht überlassen, nach Billigkeitsgründen die Höhe der Strafe festzusetzen. Dieses spricht der Zusatz aus, der jeder festgesetzten Straftat (z. B. imprisonment) folgt: „or such less punishment as is in this Act mentioned". Dieser Spielraum, der dem Gericht gesetzt ist, rechtfertigt dann auch die mangelnde Spezifizierung vieler Vorschriften.

So findet sich auch im englischen Militärrecht keine Sondervorschrift nach Art unseres § 47 MStGB. Es ist daher von dem Delikt der Gehorsamsverweigerung auszugehen.

Sektion 9 der Army Act von 1881 bestimmt[98]):

> „Every person subject to military law, who commits the following offence; that is to say, disobeys in such manner as to show a wilful defiance of authority any lawful command given personally by his superior officer in the execution of his office, whether the same is given orally, or in writing, or by signal, or otherwise, shall . . .
>
> Every person subject to military law, who commits the following offence; that is to say, disobeys any lawful command given by his superior officer, shall . . ."

Voraussetzungen der Strafbarkeit des Untergebenen sind also[99]):

1. daß der Befehl gesetzmäßig war (a lawful command);
2. daß er durch den Vorgesetzten persönlich erteilt wurde;
3. daß der Befehl anläßlich des Dienstes gegeben wurde;
4. daß die Gehorsamsverweigerung herausfordernd war.

---

[97]) Zum Folgenden vgl. neuestens: L. Röschinger, Der Anschluß der Strafbarkeit im englischen Recht im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht (1939) S. 52 ff.

[98]) Übersetzung siehe Anhang.

[99]) Vgl. Manual of Military Law III. 12; Townshend S. 18; Banning S. 41 f.; Wilkins S. 62.

Für das Vorliegen eines „lawful command" genügt nicht, daß der Befehl in keinem Gegensatz zu den bürgerlichen Rechten steht; dieser Begriff verlangt vielmehr volle Rechtfertigung durch das Militärrecht[100]). Ein Befehl in Privatsachen gilt also, da eine Rechtfertigung aus dem Militärrecht fehlt, nicht als rechtmäßiger Befehl.

§ 25.

Das Problem des rechtswidrigen Befehls wird sowohl im Schrifttum[101]) wie auch in der Praxis[102]) dahin gelöst, daß bei einem offensichtlich (obviously) rechtswidrigen Befehl (illegal command) der Untergebene zur Rückfrage oder zur Ausführungsverweigerung berechtigt ist; als Beispiel wird in dem amtlichen „Handbuch des Militärrechts" der Befehl angeführt, auf einen friedlichen Menschen (bystander) zu schießen[103]).

Aus der britischen Rechtsprechung sind zwei Fälle bemerkenswert. In dem ersten handelte es sich um die Befolgung eines Befehls hochverräterischen Inhalts (Fall H. M. Advocate v. Hawton 1861). Lord Mc Neill erklärte damals[104]): „It was the duty of the subordinate to obey his superior officer, unless the order given by the superior was so flagrantly and violently wrong that no citizen would be expected to obey it"[105]).

Dem zweiten Fall — Reg. v. Smith, 1899 — lag folgender Sachverhalt zugrunde: Während des Burenkrieges verhaftete ein Trupp britischer Soldaten den Sohn eines Farmers, der im Verdacht stand, mit dem Burenheer in Verbindung zu stehen. Es war nötig, ihn sofort wegzuschaffen. Es fehlten aber die Zügel für sein Pferd. Ein Farmarbeiter, von dem man glaubte, daß er wußte, wo die Zügel sich befanden, weigerte sich, diese zu holen. Der diensthabende Offizier befahl dem Angeklagten, den

[100]) Manual of Military Law III. 12.

[101]) Manual of Military Law III. 13; Stephen I S. 205 f.; Kenny: Outlines S. 72.

[102]) Siehe Reichskriegsministerium: Sammlg. des ausl. Militärrechts: „England" und die unten zitierten Entscheidungen.

[103]) Manual of Military Law III. 13.

[104]) Kenny Cases S. 61; vgl. dazu auch Röschinger S. 55.

[105]) „Es war die Pflicht des Untergebenen, seinem vorgesetzten Offizier zu gehorchen, es sei denn, daß der vom Vorgesetzten erteilte Befehl so offensichtlich und gewaltig unrecht war, daß von keinem Bürger erwartet würde, daß er ihm gehorche."

Arbeiter zu erschießen, wenn er nicht sofort die Zügel herbeischaffe. Der Angeklagte tat dies und erschoß den Arbeiter. Das Gericht sprach den Angeklagten frei. Es begründete diesen Freispruch mit folgenden bemerkenswerten Darlegungen[106]): „The point now is, whether, assuming the order to be unlawful, Smith is protected because he was carrying out the orders of his superior officer . . . It is monstrous to suppose that a soldier would be protected where the order was grossly illegal... But that he is responsible whenever he obeys any order not strictly legal, is a proposition which the Court cannot accept; . . . immediate obedience is required, especially in time of war . . . I think it is safe to lay down that if a soldier honestly believes he is doing his duty in obeying, and if the orders are not so manifestly illegal that he ought to have known they were unlawful, he will protected by the orders. We all are satisfied that the order here was not so plainly illegal that Smith would have been justified, under the circumstances, in refusing to obey it" [107]).

Der Angeklagte Smith wäre — wie der letzte Satz der hier aufgeführten Urteilsbegründung — besagt, — bei Nichtausführung dieses rechtswidrigen Befehls wegen Gehorsamsverweigerung bestraft worden. Daraus folgt also, daß auch das englische Recht rechtswidrige Befehle kennt, die verbindlich sind. Diese Schlußfolgerung findet ihre Bestätigung in den Ausführungen des amtlichen „Handbuch des Militärrechts", die besagen[108]), daß es die Pflicht eines jeden Soldaten ist, den Befehlen des Vorgesetzten, die nicht offensichtlich und bestimmt im Widerspruch zu den Landesgesetzen stehen, zu

[106]) Kenny Cases S. 61; vgl. dazu auch Röschinger S. 54 f.

[107]) „Die entscheidende Frage ist jetzt, ob — die Unrechtmäßigkeit des Befehls unterstellt — Smith (der Angeklagte) geschützt ist, weil er den Befehl seines vorgesetzten Offiziers ausführte . . . Es ist ungeheuerlich anzunehmen, daß ein Soldat geschützt sein würde, wo der Befehl offensichtlich unrechtmäßig war . . . Daß er aber immer verantwortlich sei, wenn er einen nicht streng legalen Befehl befolgt, ist eine Ansicht, der das Gericht nicht zustimmen kann; . . . sofortiger Gehorsam ist nötig, namentlich in Kriegszeiten . . . Ich glaube, es ist als sicher zugrundezulegen, daß, wenn ein Soldat ehrlich glaubt, seine Pflichten zu erfüllen, indem er gehorcht, und wenn die Befehle nicht so offensichtlich rechtswidrig waren, daß er die Unrechtmäßigkeit hätte erkennen müssen, er durch die Befehle geschützt wird. Wir sind alle der Überzeugung, daß der Befehl hier nicht so offensichtlich rechtswidrig war, daß Smith unter diesen Umständen gerechtfertigt wäre, die Befehlsausführung zu verweigern."

[108]) Manual of Military Law III. 13.

gehorchen; wenn der Untergebene es für richtig hält, kann er eine formale Beschwerde erheben[109]) (to make a formal complaint).

Wir stoßen im englischen Recht also auf dieselbe Ansicht über die Grenzen der Gehorsamspflicht, wie sie seit Jahrzehnten im überwiegenden Teil des französischen Schrifttums und neuerdings auch von der herrschenden Lehre in der italienischen Strafrechtswissenschaft vertreten wird.

Für den Untergebenen ist diese Regelung günstig, da von ihm nicht in jedem Falle strafgesetzwidrigen Handelns, sondern nur bei Offensichtlichkeit des Verstoßes, Rechenschaft für sein Handeln gefordert werden kann.

IV. Vereinigte Staaten von Nordamerika.

§ 26.

Wie im englischen Recht, fehlt auch im amerikanischen Militärrecht eine Bestimmung über die Behandlung des rechtswidrigen Befehls. Auch hier ist auf das Delikt der Gehorsamsverweigerung zurückzugreifen. Art. 64 der Kriegsartikel bestimmt[110]):

> „Any person subject to military law who, on any pretense whatsoever, strikes his superior officer or draws orlifts up any weapon or offers any violence against him, being in the execution of his office, or wilfully disobeys any lawful command of his superior officer, shall suffer death or such other punishment as a court martial may direct."

Wie im englischen Recht wird auch hier ein „lawful command" verlangt. Grundsätzlich hat der Untergebene keine strafrechtliche Verfolgung zu befürchten, wenn er in Ausführung eines Befehls seines Vorgesetzten handelt; ausgenommen wird jedoch der Fall, in welchem die Rechtswidrigkeit (illegality) des Befehls so klar liegt, „daß ein Mann von durchschnittlicher Vernunft und Verständnis erkannt haben würde, daß der Befehl

---

[109]) Vgl. hierzu den Prozeß, der im Januar 1939 gegen 4 britische Polizisten in Palästina wegen Mißhandlungen und Mord, begangen an einem arabischen Gefangenen, durchgeführt wurde. In diesem Prozeß wurden 2 Polizisten zu hohen Gefängnisstrafen verurteilt, während die beiden anderen „auf Grund der Feststellung, daß sie als Untergebene den Befehl eines Vorgesetzten befolgten" freigesprochen wurden. (Vgl. „Deutsche Allgemeine Zeitung" vom 12. Januar 1939, 78. Jahrg., Nr. 19.)

[110]) Übersetzung siehe Anhang.

rechtswidrig ist, wenn er ihn gehört, gelesen oder gegeben hätte“ [111]).

Der Unterschied zum englischen Recht liegt also darin, daß in bestimmten Fällen (der offenbaren Rechtswidrigkeit) die Pflicht des Soldaten zur Gehorsamsverweigerung statuiert wird und er somit bei Ausführung eines solchen Befehls strafrechtliche Verfolgung zu gewärtigen hat [112]).

---

[111]) Military laws of the U.St. 1917 S. 603; diese Auffassung wird in dem gesamten Schrifttum vertreten. (Siehe S. 603.)

[112]) Derselben Ansicht über das amerikanische Recht: Röschinger a. a. O. S. 52 Anm. 21.

3. Teil.

§ 47 MStGB. und die politischen Parteien.

§ 27.

Es gibt wohl kaum ein militärstrafrechtliches Problem, das parteipolitisch so ausgewertet worden ist, wie das des rechtswidrigen Befehls. Die Parteien der Linken waren auf Grund ihrer liberalistischen Denkweise bestrebt, eine Verbindlichkeit rechtswidriger Befehle grundsätzlich auszuschließen und den Untergebenen bei Ausführung krimineller Befehle für diese strafrechtlich voll verantwortlich zu machen.

Auf der anderen Seite versuchten die Militärs mit Unterstützung der Rechten die Gehorsamspflicht des Untergebenen zu erweitern, seine strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Befolgung rechtswidriger Befehle jedoch einzuschränken.

Die Absicht der Liberalen konnte nicht zweifelhaft sein: der Gehorsamspflicht, der Disziplin sollte ein Schlag versetzt werden, indem man dem Untergebenen in möglichst zahlreichen Fällen die Gehorsamsverweigerung zur Pflicht machen wollte.

Diese Tendenz der Linken spricht besonders deutlich aus den geschichtlichen Untersuchungen Höhn's[113]) über den zwischen den liberalistischen Parteien und der Armee geführten Kampf um den Verfassungseid der Offiziere.

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts versuchte die Linke zur „Sicherung ihrer revolutionären Errungenschaften"[114]) durchzusetzen, daß sämtliche Offiziere — neben dem Treueid auf ihren Landesherrn — auch noch auf die Verfassung vereidigt wurden. Das angestrebte Ziel war offensichtlich: durch Aufrichten von Verpflichtungen gegenüber der Verfassung sollte der unbedingte Gehorsam, den das Heer seinem Landesherrn schuldete, eingeschränkt, in einem Konflikt zwischen Landesherrn und Verfassung das Offizierkorps also zur Gehorsamsverweigerung gegenüber den Befehlen ihres obersten Kriegsherrn gezwungen werden[115]). Man wollte auf diese Weise also die Zahl der nicht folgepflichtigen „rechtswidrigen Befehle" erhöhen.

[113]) Höhn: Verfassungskampf und Heereseid.
[114]) Vgl. Höhn S. 187.
[115]) Siehe Höhn S. 190 f.

In Erkenntnis der großen Gefahren, die durch diesen Vorstoß von liberalistischer Seite dem militärischen Prinzip erwachsen konnten, setzte das Heer mit Unterstützung der Rechten diesem Vorhaben stärksten Widerstand entgegen. Es wurde betont, daß es unmöglich sei, dem Soldaten die Prüfung der Frage, ob er Befehlen nachzukommen habe oder nicht, zu überlassen[116]). „Der Befehlende ist verantwortlich, nicht der Gehorchende. Das Instrument hat nicht zu erwägen, wozu es sein Herr braucht" [117]).

Auf Grund dieser Opposition gelang den Liberalen die Einführung des Verfassungseides nur in Sachsen, Baden und Hessen [118]). Der angestrebte Erfolg ließ in diesen Ländern dann auch nicht lange auf sich warten: in Baden [119]) brach 1848/49 die Anarchie aus, die erst durch das Eingreifen Preußens niedergeschlagen werden konnte; in Hessen [120]) führte der Verfassungseid sogar zur offenen Gehorsamsverweigerung fast sämtlicher Offiziere gegenüber den Behlen ihres Kurfürsten und ihrer Regierung!

Um Wiederholungen solcher chaotischen Zustände zu ermöglichen, versuchten die liberalistischen Parteien immer wieder, die militärische Disziplin zu untergraben, indem sie Einschränkung der Gehorsamspflicht und Ausdehnung der Gehorsamsverweigerungspflicht verlangten.

Die Geschichte des deutschen Parlaments weist hierfür zwei besonders charakteristische Beispiele auf. Einmal handelt es sich um die oben zitierten Beratungen zum deutschen MStGB. von 1872 [121]) mit der bezeichnenden Einstellung Laskers, dem es gelang, die Aufnahme des heutigen § 47 in das DMStGB. zu veranlassen. Sein Vorhaben, der Manneszucht im Heere eine Erschütterung zu versetzen, wurde aber durch die Praxis des Reichsmilitärgerichts (RMG.) vereitelt. Dieses schränkte, in Erkenntnis der Gefahr, die der militärischen Disziplin drohte, die Haftung des Untergebenen sehr stark ein; soweit es der Wortlaut des § 47 MStGB. nur irgendwie zuließ, legte das RMG. die Betonung auf die grundsätzliche Verantwortung des Vor-

[116]) Vgl. Höhn S. 207.
[117]) Deutsche Wehr-Zeitung vom 10. 10. 1850.
[118]) Siehe die Ausführungen bei Höhn.
[119]) Vgl. Höhn S. 180 ff.
[120]) Vgl. die ausführlichen Darlegungen Höhns S. 190 ff.
[121]) Vgl. S. 24.

gesetzten bei Erteilung krimineller Befehle und beschränkte die Haftung des Untergebenen auf die praktisch sehr seltenen Fälle, in denen der Untergebene weiß, daß die Verwirklichung eines Verbrechenstatbestandes bezweckt ist[122]).

Diese im Interesse der Manneszucht einengende Auslegung mußte die Opposition noch einmal auf den Plan rufen. So verlangte am 3. 2. 1926 anläßlich der Diskussion über den Entwurf zur Vereinfachung des Militärstrafrechts[123]) der kommunistische Abgeordnete Korsch Abkehr von dem Grundsatz der Alleinverantwortlichkeit des Vorgesetzten, da die Praxis nur in „krassen Fällen" die Verantwortlichkeit des Untergebenen annehme. In fast wörtlicher Übereinstimmung mit Lasker behauptete er: „Der Soldat soll hier also in eine Maschine verwandelt werden, die auf entsprechende Befehle blindlings im Kadavergehorsam auf Vater und Mutter schießt." Zusammenfassend erklärte er dann: „Wir . . . fordern, daß, wenn durch Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt wird, die Strafbarkeit für den gehorchenden Untergebenen nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß er in Ausübung des Befehls gehandelt hat. Andererseits wünschen wir, daß der Vorgesetzte, der den Befehl gibt, gleichwohl auch weiterhin . . . als Mittäter bestraft wird."

§ 28.

Dieser von der antimilitaristischen Einstellung der marxistischen Parteien getragene Antrag findet Parallelen im Parteienkampf des Auslandes. Immer wieder erkennt man die Absicht, durch eine möglichst umfangreiche Haftung des Untergebenen — also praktisch einer Gehorsamsverweigerungspflicht — die Befehls- und Machtbefugnisse des Vorgesetzten einzuschränken, um im Ganzen eine Lockerung der militärischen Disziplin herbeizuführen. Diese zersetzende Tendenz tritt mehr oder weniger offen in Erscheinung; meistens ist man bestrebt, die wahre politische Absicht durch eine ethische und juristische Beweisführung zu bemänteln.

---

[122]) Vgl. insbesondere RMG. 13. 180; 19. 195; vgl. auch Schwinge: Militärstrafgesetzbuch S. 120.

[123]) Verhandlungen des Reichstags III. Wahlperiode 1924 Bd. 388 S. 5286 f.

Ein Beipiel hierfür findet sich in den Beratungen der Kammern des Schweizer Parlaments zum MStGB. von 1928[124]). Der zur Diskussion stehende Artikel 30 des Schweizer MStGB. von 1851 lautete:

> „An sich unerlaubte Handlungen sind straflos, wenn sie auf den bestimmten, auf ein militärisches Dienstverhältnis sich beziehenden Befehl eines militärischen Oberen des Täters begangen worden sind. Der Obere, welcher den Befehl gegeben hat, soll denselben verantworten."

Dieser Artikel, der den unbedingten Gehorsam gegenüber den Befehlen der Vorgesetzten statuiert, mußte naturgemäß der Angriffspunkt der marxistischen Parteien werden. In den Ausführungen des Schweizer sozialdemokratischen Nationalrats Huber findet sich wiederum die typisch liberalistische Einstellung[125]):

„Das (der Vorschlag des Ständerats, den Untergebenen auch bei Ausführung rechtswidriger Befehle unter Umständen freizusprechen) ist die Kapitulation des Strafrechts, die Kapitulation des bürgerlichen Staates vor dem Offizier . . . Ich weiß nun wirklich nicht, wie man das juristisch und moralisch überhaupt rechtfertigen kann, daß der Richter das Recht haben soll, einen Menschen von einem Verbrechen, das er im vollen Bewußtsein begeht, von der Strafe dieses Gesetzes freizusprechen."

In derselben Richtung bewegen sich die Ausführungen des Nationalrats Naine[126]): „Il n'y a pas de raison de dispenser un militaire de toute peine lorsqu'il viole la loi. La loi est au-dessus, de la force brutale, de la force militaire[127])." Aus der Gleichsetzung der militärischen mit der brutalen Gewalt spricht der Haß gegen alles Militärische. Aus dieser Einstellung erklärt sich das Bestreben, die Gehorsamspflicht möglichst einzuschränken. Das spricht mit aller Deutlichkeit der Nationalrat Maunoir aus, wenn er zu den Ausführungen von Huber und Naine erklärt[128]): „J'ai le sentiment que ce que vous proposez, c'est une disposition permettant au soldat de continuellement contre-

[124]) Amtl. stenogr. Bulletin der Bundesversammlung (Nationalrat) von 1926 S. 769 ff.

[125]) Desgl. S. 770.

[126]) Amtl. stenogr. Bulletin der Bundesversammlung (Nationalrat) von 1926 S. 770.

[127]) „Es gibt keinen Grund, einen Soldaten von jeder Strafe freizusprechen, wenn er das Gesetz verletzt. Das Gesetz steht über der brutalen, über der militärischen Gewalt."

[128]) Amtl. stenogr. Bulletin der Bundesversammlung (Nationalrat) von 1926 S. 771.

dire les ordres qu'il a reçus, sous prétexte d'illégalité. De la sorte on ruinerait la discipline . . . Et si nous comprenons bien l'arrière-pensée des socialistes, du point de vue auquel ils se placent, nous ne pouvons pas partager leur opinion [129])."

Am charakteristischsten — weil die politische Tendenz unverhohlen und offen zum Ausdruck kommt — sind die Aussprachen der französischen Parlamente in den 80er Jahren des vorigen Jahrhunderts. Es liegt nahe, daß gerade Frankreich zu diesem Zeitpunkt das so heikle Thema der militärischen Gehorsamspflicht in aller Öffentlichkeit erörterte. Seit der großen Revolution hatte das Land mehrere Staatsumwälzungen über sich ergehen lassen müssen, wobei dem Heer jedesmal die Schlüsselstellung zukam. Nach der Proklamierung der III. Republik im Jahre 1870 war die Linke daher bemüht, ihre Republik mit allen nur möglichen Sicherheiten im Inneren zu untermauern. In voller Erkenntnis ihrer innerpolitischen Schwäche, sahen die Parteien der Linken in dem Heer die größte Gefahr für ihre Staatsform [130]): „Deux fois, la République a été renversée par des révolutions militaires. Si, par malheur, elle succombait encore, elle serait détruite par une révolution militaire . . . [131])."

Die Linke wollte daher den Angelpunkt der militärischen Disziplin, die Gehorsamspflicht, möglichst einschränken. Zu ihrem Sprecher machte sich Arthur Labordère, der als Radikalsozialist in den Senat gewählt, später der extremen Linken verfiel. Seine im folgenden wiedergegebene Einstellung rechtswidrigen Befehlen gegenüber gewinnt an Interesse, wenn man berücksichtigt, daß er als Major am 12. 12. 1877 formelle Dienstverweigerung gegenüber dem Befehl eines Vorgesetzten begangen hatte, mit der Begründung, dieser Befehl trage die Vorbereitung zu einem Staatsstreich gegen die Republik in sich [132]).

---

[129]) „Ich habe das Gefühl, daß das, was Sie beantragen, eine Anordnung ist, die es dem Soldaten erlaubt, den empfangenen Befehlen unter dem Vorwand der Rechtswidrigkeit dauernd zu widersprechen. Auf diese Weise würde man die Disziplin zerstören . . . Und wenn wir den Hintergedanken der Sozialisten von ihrem Standpunkt aus gut verstehen, wir können ihre Auffassung nicht teilen."

[130]) Annales du Sénat 1882 S. 1085.

[131]) „Zweimal wurde die Republik durch militärische Revolutionen gestürzt. Wenn sie, unglücklicherweise, nochmals unterliegt, so ist sie durch eine Militärrevolution zerstört worden."

[132]) Dictionnaire des Parlementaires Français Bd. 3 S. 482.

Labordére verlangte Einschränkung der Gehorsamspflicht des Untergebenen[133]): „Un militaire ne soit pas coupable s'il refuse l'obéissance lorsque le règlement ne la prescrit pas[134])." Diesen Vorschlag wollte er als Zusatz zu Artikel 205 CJM.[135]), in das Gesetz aufgenommen wissen. In den Reglements fände sich zwar diese gewünschte Einschränkung[136]); das genüge ihm aber nicht. Denn, so erklärte er der Rechten zugewandt: „Dans le règlement, la phrase est sans danger . . ., vous l'inscrivez dans la loi et tout est perdu[137])."

Seine Forderung, die dem Inhalt des § 47 DMStGB. entspricht, bezeichnete er als[138]) „un principe qui, depuis 1789 jusqu'à ce jour, n'avait jamais été contesté par les libéraux[139])".

Die Aussprache nahm eine so erregte Form an, daß sich der Kriegsminister, General Billot, veranlaßt sah, in die Diskussion einzugreifen. Er begann seine Ausführungen mit den Worten[140]): „Messieurs, je viens, au nom du Gouvernement et au nom de l'armée, prier le Sénat de repousser la prise en considération de la proposition qui vous est soumise . . . Je trouve cette proposition inutile, dangereuse et inopportune[141])." Der beantragte Zusatz zu Artikel 205 CJM. sei: „la ruine de toute discipline dans l'armée la ruine de toute armée[142])." Mit aller Deutlichkeit führt er der Linken die katastrophalen Folgen des Antrags Labordère vor Augen[143]): „Supposez que, par un article de loi, vous donniez (au soldat) le droit d'examiner, de calculer, de réfléchir, et le devoir de se demander si l'ordre qu'il reçoit à

---

[133]) Annales du Sénat 1882 S. 1086.

[134]) „Ein Soldat soll nicht strafbar sein, wenn er den Gehorsam verweigert, da ihn das Reglement nicht vorschreibt."

[135]) Zitiert auf S. 29.

[136]) Vgl. Dekret über die Disziplin vom 1. 4. 1933 Art. 7 (zit. S. 32) und Art. 25 des Pressegesetzes (zit. S. 32).

[137]) „Im Reglement bedeutet dieser Satz keine Gefahr . . . nehmen Sie ihn in das Gesetz auf und alles ist verloren."

[138]) Annales du Sénat 1882 S. 1084.

[139]) „Ein Prinzip, welches seit 1789 bis zu diesem Tag niemals von den Liberalen bestritten worden ist."

[140]) Annales du Sénat 1882 S. 1087.

[141]) „Meine Herren, im Namen der Regierung und der Armee bitte ich den Senat, die Inbetrachtnahme des Ihnen unterbreiteten Vorschlags abzuweisen . . . Ich finde den Vorschlag unnütz, gefährlich und unzeitig."

[142]) „Die Zerstörung der militärischen Disziplin, die Zerstörung der ganzen Armee."

[143]) Annales du Sénat 1882 S. 1088.

un moment donné ne pourrait pas être criminell, que devient la discipline? Que devient l'obéissance? Que devient la mission de l'armée? Votre armée devient une réunion incohérente, confuse, de passions sans frein; vous n'avez plus d'armée, vous avez l'anarchie, vous avez le désordre [144])."

Als die Linke auch nach diesen Ausführungen des Kriegsministers von ihrem Antrag nicht absah, wies sie General Chanzy in scharfer Weise zurecht [145]): „Je suis trop certain d'être l'interprète des sentiments qui animent tous ceux qui ont l'honneur de porter l'uniforme pour ne pas m'élever avec indignation contre toutes ces idées dissolvantes, contre ces amorces trompeuses au moyen desquelles on cherche à porter le trouble dans les esprits pour arriver à porter le trouble et la désorganisation dans l'armée et dans le pays . . . Je vous demande donc instamment de ne pas discuter la proposition qui vous est soumise, parce que je la considère comme une atteinte des plus graves aux principes qui sont la base de nos institutions militaires. Gardons-nous de porter le trouble dans l'esprit de nos soldats [146])."

Der Senat lehnte darauf mit großer Mehrheit den Antrag Labordères ab.

Die aufgeführten Zitate beweisen zur Genüge, daß es immer wieder die liberalistischen und marxistischen Parteien waren, die sich die Gedankengänge, die dem § 47 DMStGB. zugrunde liegen, zu eigen machten und bestrebt waren, diese in das Gesetz aufzunehmen.

---

144) „Unterstellen Sie, daß Sie auf Grund eines Gesetzartikels (dem Soldaten) das Recht geben, zu prüfen, zu berechnen und nachzudenken und ihm zur Pflicht machen, sich zu fragen, ob der Befehl, welchen er im gegebenen Augenblick empfängt, nicht rechtswidrig sein könnte; was wird aus der Disziplin? Was wird aus dem Gehorsam? Was wird aus der Sendung der Armee? Eure Armee wird eine unzusammenhängende, verwirrte Vereinigung von zügelloser Leidenschaft; Sie haben keine Armee mehr, Sie haben die Anarchie, Sie haben die Unordnung."

145) Annales du Sénat 1882 S. 1089.

146) „Ich bin zu sicher, der Dolmetscher der Gefühle zu sein, die alle diejenigen bewegen, die die Ehre haben, Uniform zu tragen, um mich nicht mit Entrüstung gegen alle diese auflösenden Ideen zu wenden, gegen diese betrügerischen Anlockungen, mittels derer man bestrebt ist, die Unruhe in die Geister zu tragen, um zu erreichen, daß die Unruhe und das Durcheinander in Armee und Land getragen wird . . . Ich bitte Sie somit inständig, den Ihnen unterbreiteten Vorschlag nicht zu erörtern, weil ich ihn als einen der schwersten Angriffe auf die Prinzipien, die die Grundlage unserer militärischen Einrichtungen sind, betrachte. Hüten wir uns, die Unruhe in die Geister unserer Soldaten zu tragen."

4. Teil.

Zusammenfassung der Arbeit und die sich ergebenden Schlußfolgerungen für eine Neufassung des § 47 MStGB.

§ 29.

Wir haben bei der oben durchgeführten Untersuchung des Problems vom „rechtswidrigen, verbindlichen Befehl" verschiedene und beachtenswerte Einstellungen aufgedeckt, die für die kommende gesetzliche Regelung im DMStGB. Berücksichtigung verdienen. Die geschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung, besonders aber die politische Würdigung des Problems zeigen die Unhaltbarkeit der im DMStGB. getroffenen Regelung — die wie geplant, auch im kommenden Wehrstrafgesetzbuch beibehalten werden soll[147]).

Die geschichtliche Entwicklung im Preußen-Deutschland beweist, daß der heutige § 47 das Produkt einer 1845 entstandenen Kompromißlösung[148]) ist, die, von den militärischen Sachbearbeitern bekämpft, 1860 durch eine Kabinetts-Ordre praktisch außer Kraft gesetzt wurde. Erst dem nationalliberalen Abgeordneten Lasker war es vorbehalten, dieses liberalistische Kompromißprodukt im DMStGB. wieder aufleben zu lassen.

Die dem § 71 Pr.MStGB. und dem Antrag Lasker entgegengebrachte Opposition seitens der autoritären Kräfte des alten Reiches beweist zur Genüge, welche schlechten Erfahrungen man mit § 71 Pr.MStGB. gemacht und wie sich die autoritär ausgerichtete Interpretation von 1860 — die man in das Deutsche MStGB. aufnehmen wollte — bewährt hatte.

Das Verlangen nach einer autoritären Regelung hatte in der Nachkriegszeit erheblich zugenommen. Von verschiedenen Seiten[149]) wurde auf die Gefahr hingewiesen, die § 47 MStGB. für die militärische Disziplin darstellt.

Durch die im 3. Teil behandelten politischen Motive wird diese Forderung noch unterstrichen und ergänzt: es war der liberalistische Geist, es waren die Parteien der Lin-

---

147) „Zur Neugestaltung des Militärstrafgesetzbuches" S. 27.

148) Vgl. Schwinge in „Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht", 1938, Heft 5.

149) Vgl. Schwinge, Militärstrafgesetzbuch; ebenso Ammon; Battenberg; Cron; Schneider; Welkisch u. a.

k e n, die § 47 formten und die im Ausland bestrebt waren, eine dem § 47 entsprechende Vorschrift in die Gesetzbücher aufzunehmen. Die Absicht, die diese Parteien verfolgten, kann nach den oben durchgeführten Untersuchungen nicht mehr zweifelhaft sein: man wollte die militärische Disziplin, überhaupt das militärische Prinzip untergraben!

Im nationalsozialistischen Staat ist für eine solche Tendenz kein Platz mehr. Neben der Partei steht die W e h r m a c h t als Hauptpfeiler des Staates. Diesem Umstand muß auch in der Lösung des behandelten Problems Rechnung getragen werden, d. h. der hier noch vorherrschende liberalistische Geist muß einer autoritären, m i l i t ä r i s c h e n Geisteshaltung weichen!

§ 30.

Die im zweiten Teil behandelten wichtigsten Auslandsrechte stimmen bezeichnenderweise darin überein, k e i n e dem § 47 DMStGB. entsprechende Regelung aufzuweisen. In einer solchen Vorschrift wird eine Gefahr für die militärische Disziplin erblickt, da in gewissen Fällen für den Untergebenen eine Gehorsamsverweigerungspflicht festgesetzt wird[150]). Die Auslandsrechte beschränken sich daher auf eine Vorschrift, die von dem Soldaten blinden, unbedingten Gehorsam verlangt[151]). Es wird der L e h r e überlassen, die Grenzen der militärischen Gehorsamspflicht abzustecken oder, anders ausgedrückt, eine gerechte Abwägung zwischen der Gehorsamspflicht, die die Manneszucht garantiert, und den Rechtsgutsverletzungen, die durch die Ausführung eines rechtswidrigen Befehls entstehen, zu treffen.

Das Fehlen einer solchen festumrissenen gesetzlichen Regelung kann für das deutsche Recht nicht gutgeheißen werden. Die deutsche Staatsautorität im Dritten Reich kann es sich erlauben, eine Gehorsamsverweigerungspflicht für bestimmte Umstände festzusetzen, ohne damit die militärische Autorität und Disziplin einer Gefährdung auszusetzen. Nur muß die Grenze einer solchen Gehorsamsverweigerungspflicht bzw. einer Haftung des Untergebenen bei Ausführung eines kriminellen Befehls enger gefaßt werden, als es § 47 DMStGB. tut.

---

[150]) So besonders klar die Ausführungen des Generals Chanzy, vgl. S. 51.
[151]) Vgl. Art. 205 CJM.; Art. 112 cod. pen. es.

§ 31.

Im Folgenden sei die Stellungnahme des ausländischen Rechts zu diesem Problem einer kritischen Betrachtung unterzogen und geprüft, inwieweit diese Gedankengänge für eine Neuformung des § 47 DMStGB. in Betracht gezogen werden können.

Die im juristischen Schrifttum Frankreichs und Italiens vertretenen — jedoch nicht herrschenden — Auffassungen von einem „Kadavergehorsam", d. h. der Verpflichtung des Untergebenen jedem Befehl nachzukommen, müssen verworfen werden.

Eine solche Regelung würde nicht mehr in das fortgeschrittene Rechtsdenken unserer Zeit passen. Es sind für uns Fälle denkbar, in welchen die Ausführung des Befehls ein höheres Rechtsgut verletzt, als es die Aufrechterhaltung der Manneszucht im Heere darstellt. Es ist hier in erster Linie an die Verbrechen des Hoch- und Landesverrats zu denken[152]). Es müssen aber auch dazu zu rechnen sein die weiteren typischen Verbrechen gegen die militärische Disziplin, wie z. B. Fahnenflucht, Selbstverstümmelung, kampflose Übergabe einer Stellung u. a., kurz gesagt: die „Delikte gegen die militärische Treue". Denn es würde widersinnig sein, wenn die militärische Disziplin Verbrechen gegen diese rechtfertigen würde.

Das englische und ein Teil des italienischen und französischen Schrifttums versuchen diese notwendige Einschränkung dadurch herbeizuführen, daß sie den Untergebenen zur strafrechtlichen Verantwortung ziehen wollen, wenn der Befehl offenbar (obviously, évident, appariscente) rechtswidrig war, oder aber das Nachkommen des Befehls absurd (absurde) gewesen wäre.

Liegt eine solche Rechtswidrigkeit vor, so ist ein Vorsatz des Untergebenen nicht erforderlich. Dieser wird also auch zur Verantwortung gezogen, wenn er sich nicht im klaren darüber war, dem Befehl zu einem Verbrechen nachzukommen. Besonders diese letzte Tatsache muß den Untergebenen unwillkürlich zu einer Prüfung des empfangenen Befehls veranlassen; und

---

[152]) Diese Delikte wurden auch schon in den Entwürfen zum Pr. MStGB. ausgenommen. Vgl. 1. Teil.

was diese für eine gefährliche Auswirkung im militärischen Leben, das auf prompte und schlagartig durchgeführte Befehlsausübung abgestellt ist, haben kann, bedarf keiner Ausführungen.

Für das deutsche Recht muß in der Schuldfrage eine weitgehende Einschränkung festgesetzt werden, d. h. es muß entsprechend der Regelung im § 47 verlangt werden, daß der Untergebene im vollen Bewußtsein, ein vom Vorgesetzten beabsichtigtes Verbrechen zu begehen, handelt. Es kann also nicht genügen, wenn der Untergebene die Vorstellung hat, objektiv durch die Befehlsausführung einen deliktischen Tatbestand zu verwirklichen; es muß vielmehr dem Untergebenen die verbrecherische Absicht des Vorgesetzten bekannt gewesen sein[153]).

Desgleichen kann die vage Formulierung des „offenbar rechtswidrigen" oder „absurden" Befehls nicht als brauchbar angesehen werden, da sie einem Soldaten, dem jegliche juristische Vorbildung fehlt, keinen Anhaltspunkt für sein Verhalten geben kann.

Vielmehr ist auf die Formulierung der Kabinetts-Ordre von 1860 zurückzugreifen, die eine Gehorsamsverweigerungspflicht bei Befehlen statuiert, die gegen die „militärische Treue" verstoßen.

Bei diesen Delikten handelt es sich um solche, die jedem Soldaten durch häufige Erwähnungen in den Instruktionsstunden völlig klar geworden sind und die ihnen — ohne daß sie zu einer Prüfung des Befehls schreiten — eben als Soldaten auffallen müssen, da sie gegen ein ihnen besonders eingeprägtes Rechtsgut verstoßen.

Das Gesagte ist dahingehend zusammenzufassen:

Der Untergebene muß grundsätzlich jedem Dienstbefehl seines Vorgesetzten nachkommen. Der Vorgesetzte ist für diesen Befehl grundsätzlich allein verantwortlich.

Der Untergebene hat jedoch teil an der strafrechtlichen Verantwortung, wenn er einem Befehl nachkommt, der ein Verbrechen gegen die militärische Treue zum Inhalt hat. Voraus-

---

[153]) Vgl. auch Schwinge, Militärstrafgesetzbuch S. 120.

setzung muß jedoch bleiben, daß der Untergebene von der verbrecherischen Absicht des Vorgesetzten Kenntnis hatte.

§ 47 wäre also durch folgende Bestimmung zu ersetzen:

„Wird durch die Ausführung eines Dienstbefehls ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich.

Es trifft den Untergebenen jedoch die Strafe des Teilnehmers, wenn er wußte, daß der Befehl des Vorgesetzten eine strafbare Handlung gegen die militärische Treue bezweckte."

Anhang.

1. Frankreich.

Strafgesetzbuch.

Art. 64:

„Es liegt kein Verbrechen oder Vergehen vor, wenn der Täter bei Begehung der Tat unzurechnungsfähig war oder durch eine Kraft gezwungen war, der er nicht widerstehen konnte."

Art. 114:

„Wenn ein öffentlicher Beamter, ein Polizist oder Regierungsbevollmächtigter irgendeinen willkürlichen, gegen die individuelle Freiheit oder die Bürgerrechte eines oder mehrerer Bürger oder gegen die Verfassung verstoßenden Akt befohlen oder ausgeführt haben wird, so soll er auf Entziehung der bürgerlichen Ehrenrechte verurteilt werden.

Wenn er jedoch nachweisen kann, daß er auf Grund eines Befehls seiner Vorgesetzten gehandelt hat in Dingen, die in deren Amtskreis fallen und in Ansehung derer er ihnen hierarchischen Gehorsam schuldig war, so soll er von der Strafe befreit bleiben und diese, in dem Fall, nur den Vorgesetzten treffen, der den Befehl erteilt haben wird."

Art. 188:

„Jeder öffentliche Beamte, Polizist oder Regierungsbevollmächtigte, welchen Standes und Grades er auch sei, welcher die Tat oder die Handlung einer öffentlichen Gewalt gefordert oder befohlen hat oder fordern oder befehlen läßt gegen die Ausführung eines Gesetzes oder gegen die Einziehung einer gesetzlichen Steuer oder gegen die Ausführung einer richterlichen Anordnung oder Verfügung oder jedes anderen Befehls, von einer rechtmäßigen Staatsgewalt erlassen, wird mit Zuchthaus bestraft."

Art. 190:

„Die in den Art. 188 und 189 ausgedrückten Strafen gegen die Beamten oder Regierungsbevollmächtigten, welche auf Befehl ihrer Vorgesetzten gehandelt hätten, sollen nur dann wegfallen, wenn dieser Befehl von den Vorgesetzten über Gegenstände getroffen worden ist, die in ihrem Amtskreise liegen und worin man ihnen hierarchischen Gehorsam schuldig war; in diesem Falle sollen die Strafen nur den Vorgesetzten auferlegt werden, welche zum ersteren den Befehl gegeben haben."

Art. 327:

„Es liegt kein Verbrechen oder Vergehen vor, wenn die Tötung und die Körperverletzungen vom Gesetz befohlen und von der rechtmäßigen Obrigkeit angeordnet waren."

Militärstrafgesetzbuch.

Art. 205:

„Jeder Soldat, der den Gehorsam verweigert und, außer im Falle der höheren Gewalt, die empfangenen Befehle nicht ausführt, wird mit Gefängnis von 1—2 Jahren bestraft."

Pressegesetz.

Art. 25:

„Jede Aufwiegelung . . . gegenüber Angehörigen des Heeres oder der Marine, mit dem Ziel, dieselben abzubringen von ihren militärischen Pflichten und dem Gehorsam, den sie ihren Vorgesetzten schulden in allem, was diese ihnen in bezug auf die Ausführung der militärischen Gesetze und Verordnungen befehlen, wird bestraft . . ."

Dekret über die Disziplin vom 1. 4. 1933.

Art. 1:

„Die Disziplin stellt die stärkste Kraft der Armeen dar, es ist wichtig, daß jeder Vorgesetzte von seinem Untergebenen einen ungeteilten Gehorsam und Unterordnung in jedem Augenblick erlangt, daß die Befehle wörtlich, ohne Zögern und Murren ausgeführt werden, der Vorgesetzte, welcher sie gibt, ist für sie verantwortlich, und die Beschwerde ist dem Untergebenen nur erlaubt, wenn er gehorcht hat."

Art. 7:

„Ihr habt ihm zu gehorchen in allem, was er Euch zum Besten des Dienstes, in Ausführung der militärischen Verordnungen und in Beobachtung der Gesetze befehlen wird."

Plaidoyer des Oberstaatsanwalts am Kassationsgerichtshof.

„Es besteht . . . ein allgemeines Prinzip von höchstem Interesse, welches die ganze Materie beherrscht, . . . das ist das Prinzip der Unterordnung, welches am Anfang der Reglements, welche wir angeführt haben, eingetragen ist und welches sich ausgedrückt findet in den Sätzen:

‚Die Disziplin stellt die stärkste Kraft der Armeen dar, es ist wichtig, daß jeder Vorgesetzte von seinem Untergebenen einen ungeteilten Gehorsam und Unterordnung in jedem Augenblick erlangt, daß die Befehle wörtlich, ohne Zögern und Murren ausgeführt werden, der Vorgesetzte, welcher sie gibt, ist für sie verantwortlich, und die Beschwerde ist dem Untergebenen nur erlaubt, wenn er gehorcht hat.'

So muß, sobald ein Soldat einen Befehl seiner Vorgesetzten erhalten hat, er diesen blind, ohne Einschränkung und ohne Erörterung ausführen. Der Befehl mag schlecht erteilt sein; er mag ungerecht sein; es ist unwichtig; der Soldat hat sich nicht als Richter über den Wert und die Zweckmäßigkeit des ihm erteilten Befehls aufzuspielen; er muß unmittelbar gehorchen. Heißt das nun, daß ihm jegliche Beschwerde untersagt ist? Natürlich nein, und der Gesetzgeber hat den Fall vorgesehen, wo der erteilte Befehl eine Beschwerde begründet; aber für diesen Fall hat er Regeln vorgeschrieben, die

streng beachtet werden müssen und deren Prinzip darin besteht, die Beschwerde nur zuzulassen, nachdem man sich dem Befehl, gegen welchen man Beschwerde führen will, unterworfen hat . . .

Folglich läßt das Militärgesetz in keinem Fall zu, daß man den Gehorsam verweigern kann oder selbst, daß man zögern kann, dem Befehl eines Vorgesetzten nachzukommen. Das ist die allgemeine Regel, auf welcher ruht und in welcher sich die gesamte Disziplin der Armee kurz zusammenfassen läßt. Wenn diese Regel verkannt würde, wenn die Befehle des Vorgesetzten ungestraft durch die, welche sie erhalten haben, erörtert werden könnten, wäre die Disziplin nicht mehr als ein Wort; ein Vorwand würde für alle Schwächen entstehen, die Straflosigkeit würde bei allen Auflehnungen gesichert sein."

Garraud: Précis de droit criminel. S. 344.

„Sagt man, daß der Untergebene niemals schuldig sei, so hieße das, daß er immer blinden Gehorsam schulde, d. h. also, das Gesetz in die Hände der Regierungschefs zu legen und so die Tür für Gewaltstreiche zu öffnen. Aber sagt man, daß der Untergebene immer schuldig sei, so hieße das, ihn Richter über die Rechtmäßigkeit der empfangenen Befehle sein zu lassen, d. h. also, die Unterordnung gegenüber den Vorgesetzten zu zerstören und die Machtausübung unmöglich zu machen."

2. Italien.

Strafgesetzbuch.

Art. 51 [1]):

„Die Ausübung eines Rechts oder die Erfüllung einer durch eine Rechtsnorm oder einen gesetzmäßigen Befehl der öffentlichen Behörde auferlegten Pflichten schließt die Strafbarkeit aus. Wenn eine Tat, die eine strafbare Handlung bildet, auf behördlichen Befehl begangen ist, trifft die Verantwortlichkeit dafür immer den öffentlichen Beamten, der den Befehl gegeben hat. Für die strafbare Handlung ist überdies verantwortlich, wer den Befehl ausgeführt hat, wenn er infolge Tatirrtums angenommen hat, einem gesetzmäßigen Befehl zu gehorchen. Straflos bleibt, wer den ungesetzmäßigen Befehl ausführt, wenn das Gesetz ihm keine Nachprüfung der Gesetzmäßigkeit des Befehls zubilligt."

Militärstrafgesetzbuch.

Art. 112:

„Die Gehorsamsverweigerung gegenüber dem Befehl eines Vorgesetzten ist ein Verbrechen. Keine Beschwerde irgendwelcher Art befreit vom Gehorsam und hebt auch nicht die Ausführung des Befehls auf . . ."

Art. 267:

„Es liegt kein Verbrechen vor, wenn die Tötung oder die Körperverletzung durch das Gesetz befohlen und durch die zuständige Obrigkeit angeordnet worden sind."

[1]) Übersetzung nach Bunge.

Reglement über die militärische Disziplin.

Ziff. 11:

„Der Gehorsam muß bereitwillig, ehrerbietig und unumschränkt sein. Dem Untergebenen ist kein Zögern oder Überlegen erlaubt, auch wenn er sich benachteiligt oder ungerecht bestraft glaubt."

Reglement über die Disziplin der M.V.S.N.

Art. 5:

„Die Manneszucht besteht darin, daß man auf den eigenen Willen verzichtet, um sich dem Willen von denen zu unterstellen, die durch ein Interesse, das höher steht als das der Einzelwesen, dazu befugt sind, Befehle zu geben."

3. England.

Militärstrafgesetz von 1881.

Sekt. 9:

„Jeder, der unter dem Militärgesetz steht und sich folgenden Vergehens schuldig macht, d. h. in vorsätzlicher, achtungswidriger Weise den Gehorsam auf einen rechtmäßigen Befehl, der persönlich von einem im Dienst befindlichen Vorgesetzten, sei es mündlich, schriftlich, durch Zeichen oder auf andere Weise, erteilt wurde, verweigert, soll . . .

Jeder, der unter dem Militärgesetz steht und sich folgenden Vergehens schuldig macht, d. h. den Gehorsam auf einen rechtmäßigen Befehl seines Vorgesetzten verweigert, soll . . ."

4. Vereinigte Staaten von Nordamerika.

Kriegsartikel.

Art. 64:

„Jeder, der unter Militärgesetz steht und unter irgendeinem Vorwand seinen im Dienst befindlichen Vorgesetzten schlägt, Waffen gegen ihn zieht oder erhebt oder mit irgendeiner Gewalttätigkeit droht, oder aber wer vorsätzlich den Gehorsam auf einen rechtmäßigen Befehl seines Vorgesetzten verweigert, wird mit dem Tode oder der Strafe bedroht, die das Kriegsgericht veranlaßt."

Buchdruckerei Franz Rosenthal, Berlin C 2, Alexanderstr. 19.